



Early European Books, Copyright © 2012 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of the Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze.
CINAOL 2.6.68



Early European Books, Copyright © 2012 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of the Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze.
CFMAGL 2.6.68

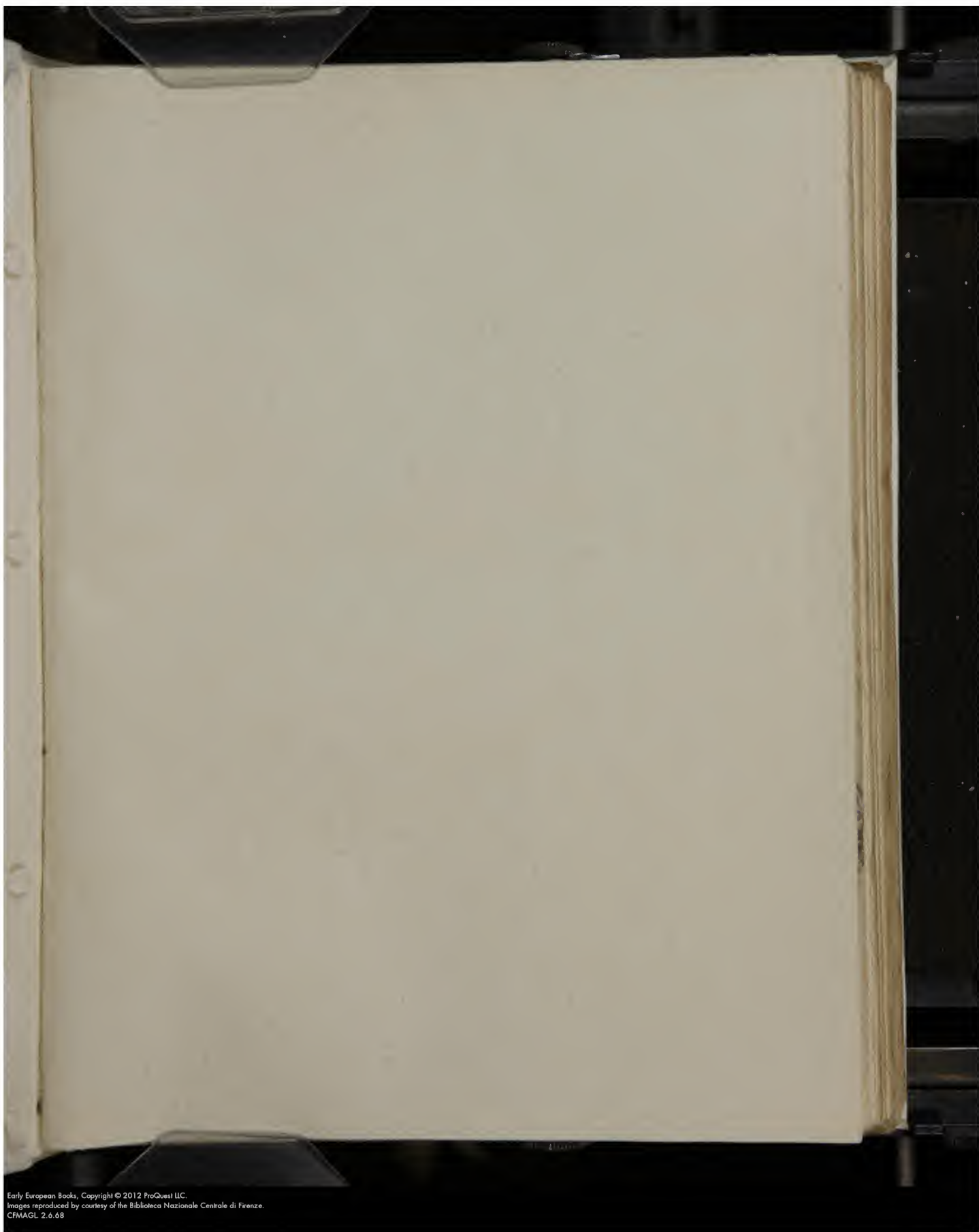


Early European Books, Copyright © 2012 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of the Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze.
CFMAGL 2.6.68

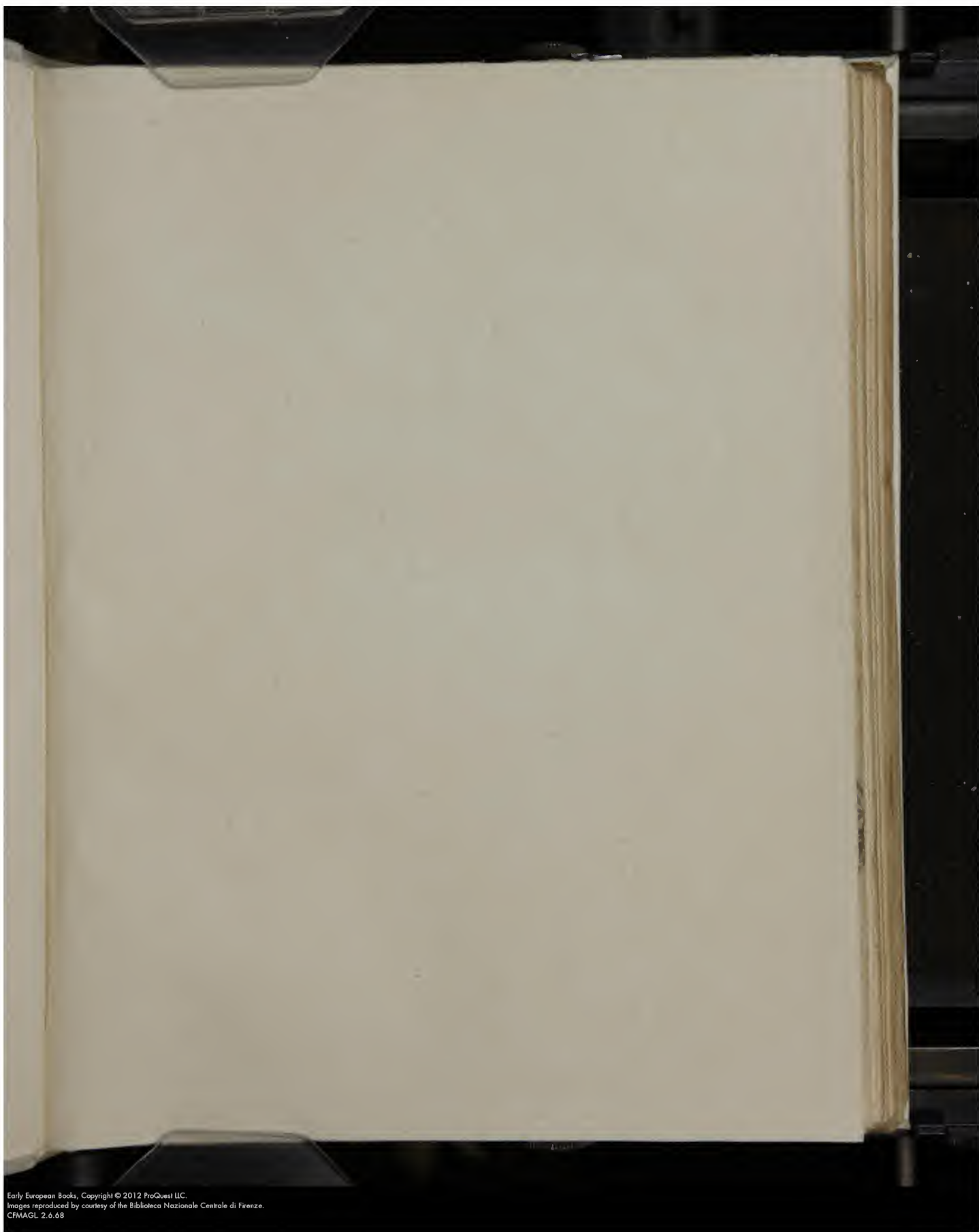


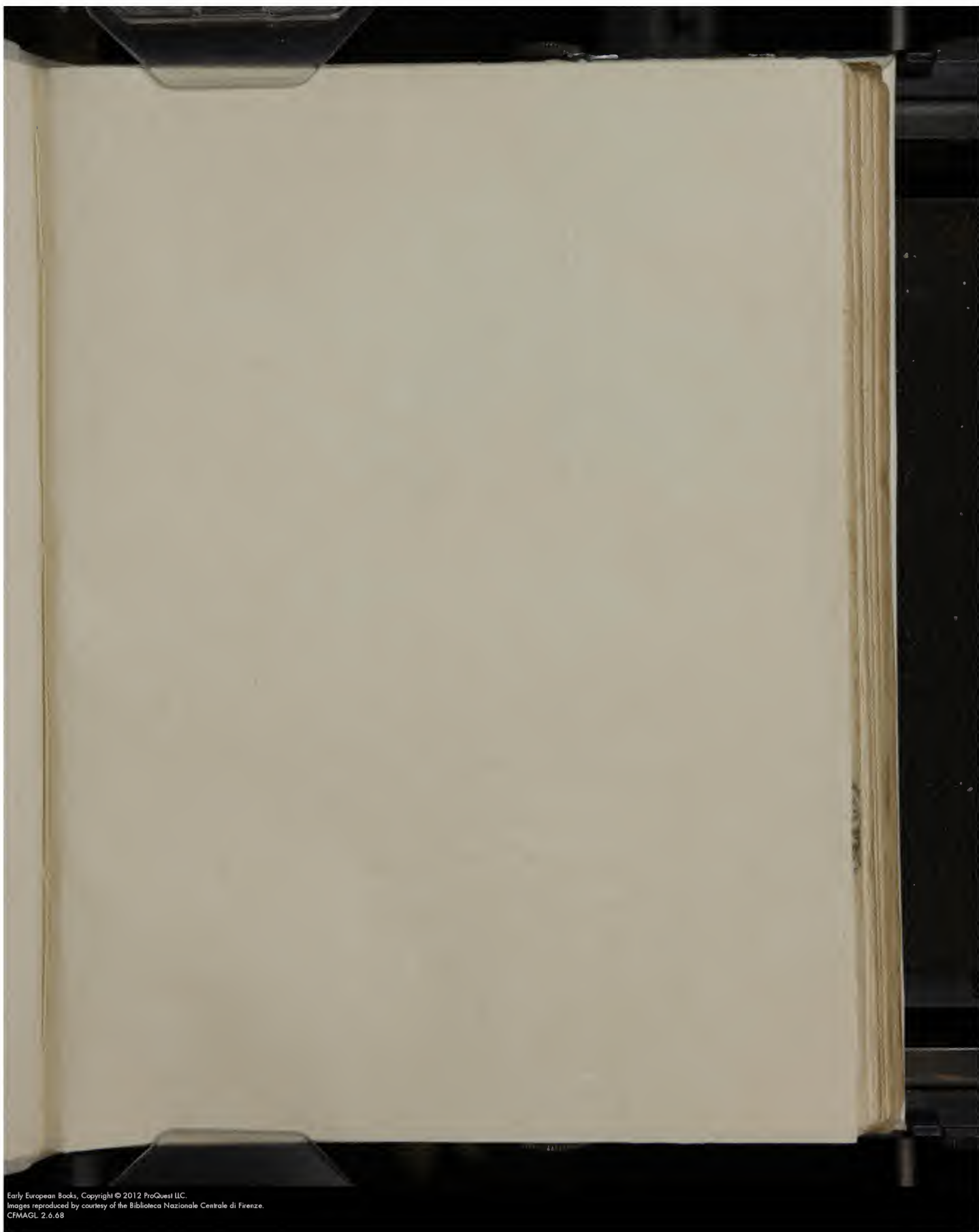
Early European Books, Copyright © 2012 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of the Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze.
CFMAGL 2.6.68





2-6-68





XXIX

RTTDEAST
The Reg. Bur.

150

Ex legato D. Equitibus Francie
armis



C V N R A D I BI
RITTERSHV-
SII JC^{ti},

Et quondam in Inclyta Universitate Altorfina
Professoris Ordinarii

In

CELEBERRIMAM LEGEM XXIII.
CONTRACTUS; DIGEST: DE
diversis Regulis Iuris antiqui,

Atque

DUODECIM TABULARUM LEGES
COMMENTARIUS.

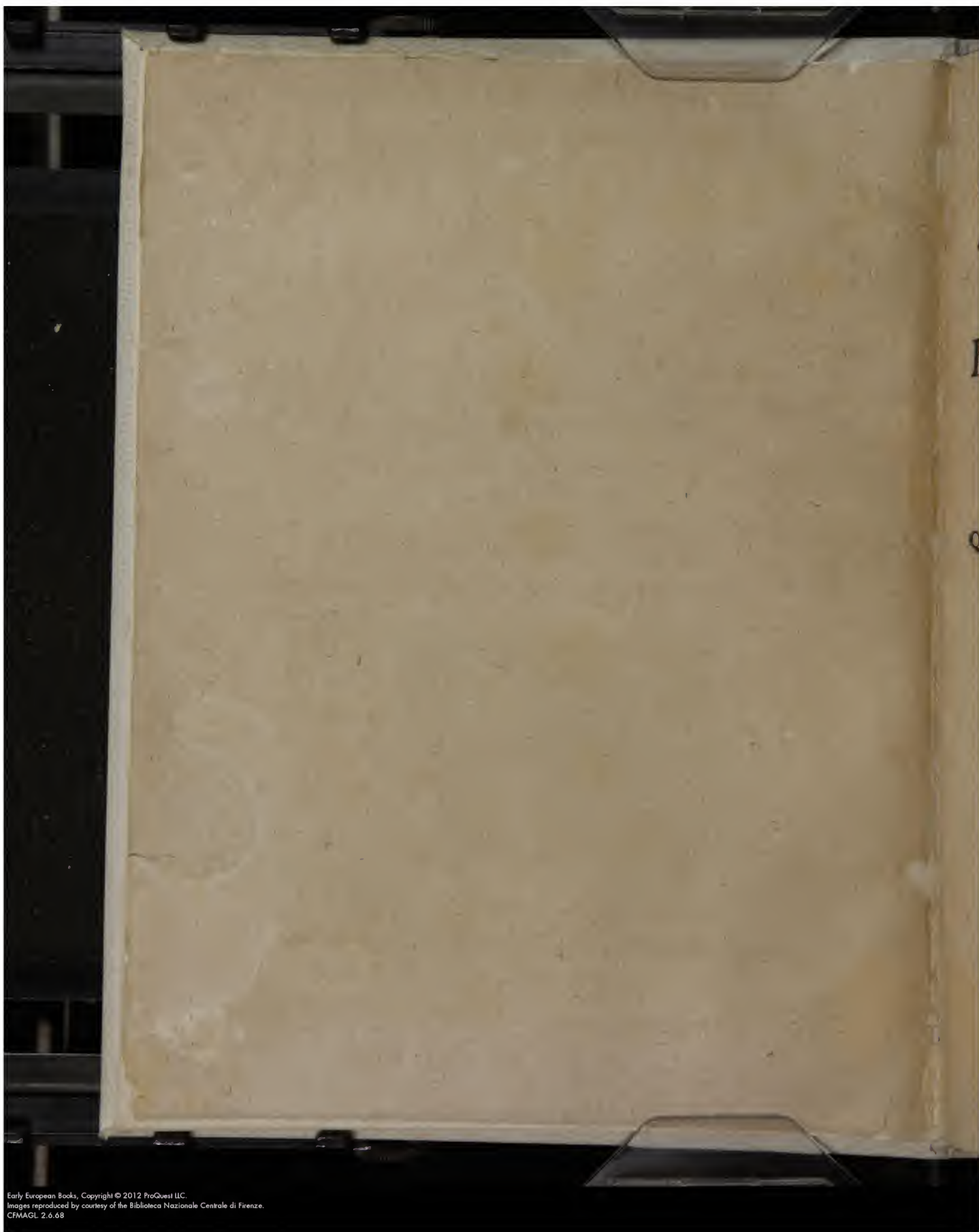
Nunc denuò accuratè recognitus, & à mendis repurgatus.



ARGENTORATI,

Sumptibus Joh. Joachimi Bockenhofferi & Consortum,

ANNO M. DC. LIX.



CUNRADI RITTERS-
husij fCti

COMMEN-
TARIUS NOVUS, PUL-
CHERRIMUS ET UTILISSIMUS;
INCELEBERRIMAM LE-
GEM XXIII. CONTRACTUS: DIGEST:

De diversis Regulis Juris antiqui.

*Quæ quasi clavis est totius Tractatus de Con-
tractibus & commerciis.*

QUO NON TAM HÆC UNA LEX EX CORPORE JURIS
Justiniani, quàm totum argumentum DE CONTRACTIBUS
ET QUASI CONTRACTIBUS, ingeniosè, elegan-
ter, ac dilucidè exponitur.

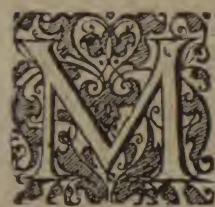


ARGENTORATI,
Sumptibus JOH. JOACHIMI BOCKENHOFFERI
& Consortum.

Anno M. DC. LIX.

AD NOBILISSIMUM
AMPLISSIMUM ET PRUDENTISSI-
MUM VIRUM, Dn. LUDOVICUM CAMERA-

rium, JC. Serenissimoque Electori Palatino &c. à consiliis secre-
tioribus &c. Domino & Patrono omni observan-
tia colendo.



MARCUS TULLIUS, in aureo, quem de Offi-
ciis inscripsit, libro, quique Plinii iudicio,
*non modò in manibus quotidie habendus, sed
etiam ediscendus est*, ut omnia, ita illud quo-
que præclare: *Eos, quorum studia, vitæq; omnis in rerum
cognitione versata est, tamen ab augendis hominum uti-
litatibus, & commodis non recessisse: neq; solum vivos &
præsentis, discendi studiosos erudiisse, sed hoc idem, etiam
post mortem literarum monumentis assecutos esse.* Hæc
Cicero. Quæ licet de Philosophis tantum scribere vi-
deatur, qui, imperitæ multitudinis iudicio, ad civilem
societatem parum afferre utilitatis existimantur, ta-
men, cum JCti etiam *veram, & non simulatam* (ut Ul-
pianus ait) *Philosophiam exerceant; ipsaq; justitia* (cujus
JCti Sacerdotes sunt) eodem Cicerone teste, *foras spe-
ctet, & ad hominum utilitatem porrecta sit*: non absur-
de, ut nostra fert opinio, dictum ad institutum no-
strum accommodare possumus. Non autem jam de
scriptis & lucubrationibus, quas Parens noster deside-
ratissimus cum inter homines ageret, publici juris fe-
cit, verba facere volumus: de Isidoro, Oppiano, Parti-
tionibus Feudalibus, Salviano, Malcho, vel potius Por-
phyrio.

phyrio, aliisque: non etiam de iis quæ post obitum illius, à nobis amicorum consilio & adjumento, in lucem data fuerunt; hoc tantum in præsentia attingendum videtur, superesse nobis etiamnum, Lucubrationum illius nonnullas, quas non minus quàm priores Reipub. literariæ, Iurisque Civilis Studiosorum commodis atque studiis profuturas speramus, quæque, si Deus permiserit, nosque bonorum virorum non destituemur auxilio, temporis progressu, lucem etiam ipsæ aspecturæ sint.

Quibus, hac vice præsentem hunc de Contractibus Commentarium, cum alias ob causas præmittere nobis visum, tum etiam ob insignem hujus materiæ utilitatem, quæ mortalium plerumque omnium vel maxime commovere solet animos. Quid enim cogitari potest ineptius, quàm adeò rerum ignarum & imperitum, sui que commodi immemorem esse, ut nescias, si in emptione & venditione res vitio affecta, pro integra & sana tibi data sit; an & quonam prætoris tibi subveniatur auxilio, an verò tuæ *ἀνεμπής* & incogitantia hoc imputare debeas? Si item res aliena pro propria sit vendita, an rei (in qua plerumque plus, quàm in personâ cautionis est) inniti possis, an verò regressum ad auctorem tuum habeas: quid item faciendum, si in pretio justo defraudatus sis: Quando denique periculum, aut commodum rei venditæ ad te spectet: & infinita alia: quæ qui ignoret, nullum inter homines sibi relinquere videatur locum. Quis enim in hac civili vi-

P R A E F A T I O.

vit societate, qui cum alio contrahere opus non habeat? Nam, utut, unius fortè rei copia tibi suppetat, aliud tamen inopia laboras, ita ut necessitas te cogat, ea quæ tibi supersunt, permutare, eorumque loco acquirere, quorum usus tibi necessarius sit. Verum in probanda re omnibus manifestâ immorari, nihil aliud, quàm otio abuti fuerit.

Ad te nunc, Vir Nobiliss. & Amplissime nostrum se convertit alloquium, cui ut postumum hoc ^{τοῦ μεταίτιου} Parentis nostri inscribamus opusculum, sat justæ & idoneæ, ne dicam graves nobis causæ sunt: quarum, ut alias silentio nunc prætereamus, in recenti etiamnum habemus memoriâ, quanta fide, animique candore ac studio, cœptam cum Parente nostro, ante triginta plus minúsve annos, amicitiam, ad extremum usque illius halitum, in tanta licet splendidissimi muneris ac dignitatis constitutus eminentiâ, colueris: adeò ut spiritualis etiam cognationis vinculo, ut Canonistarum utar phrasi, vobis invicem adstricti fueritis. Quàm humanum item, ac benevolum, post obitum dicti Parentis nostri, nobis Te præbueris, non sine magno animi gaudio recordari solemus, nobisque hoc de Te polliceri, Te impostertum quoque, hanc benevoli erga nos animi propensionem, nisi per nos ipsos (quod juvante DEO nunquam futurum est) steterit, nobis conservaturum esse. Suscipe ergò, Vir Amplissime, amica benignâque fronte chartaceum hoc à nobis munus: quo nihil aliud, quam tuam ambimus clientelam & patrocinium

IV
P R A E F A T I O.

cinium: cuius sub auctoritatis atque dignitatis veluti clypeo non tantum postumus iste Parentis nostri foetus à Momorum insultibus tutus succrescere & vivere, sed nos etiam salvi atque incolumes requiescere valeamus. Feliciter vale Vir Nobilissime & Consultissime, quem DEUS OPT. MAX. cum Nobilissima Camerariorum familia universa, perpetuò salvum & florentem, tueatur & conservet. Altorfi è Musæo nostro mense Julio anni clō. Io. cxvi.

Tuae Amplitud.

Studiosissimi

GEORGIUS,
NICOLAUS &
LUDOVICUS, Cunradi Rittershusii,
JC. p. m. F.F.F.

SYNO.

SYNOPSIS CAPITUM, QUIBUS HIC
Commentarius ad L. 23. contractus, D. de Regu-
lis Juris constat.

PROLEGOMENA, seu PROTHERIAE, quae & EVIDENTIALIA dici solent.

- Caput I. De Inscriptione hujus Legis, eiusque auctore Ulpiano hi-
storica quædam.
Cap. II. De Scopo & summa legis, & consimilibus Juris locis.
Cap. III. De Contractu.
Cap. IV. De Dolo.
Cap. V. De Culpa.
Cap. VI. De Casu fortuito.
Cap. VII. De verbo PRÆSTARE, quam vim id hoc loco habeat.
Cap. VIII. De Commentatoribus, qui ad hanc Legem scripserint.

*Sequitur Expositio Legis
ipsius.*

- Caput I. Continens hujus Legis partitionem.
Cap. II. De prima huius legis parte.
Cap. III. De Deposito.
Cap. IV. De Precario.
Cap. V. De Mandato.
Cap. VI. De Commodato.
Cap. VII. De Empto-Vendito, sive de Emptione & Venditione.
Cap. VIII. De Pignore.
Cap. IX. De Locato, sive de Locatione & Conductione.
Cap. X. De Dotis datione.
Cap. XI. De Tutelis.
Cap. XII. De Negotiis gestis.
Cap. XIII. De Societate.
Cap. XIV. De Rerum Communione.

Cap.

Cap. XV. De aliis quibusdam contractibus, ab Ulpiano in h. l. 23. prætermis-
sis, quid in illis oporteat alterum alteri præstare.

Cap. XVI. De Pactis, quæ Contractibus adjiciuntur, quam illa vim ha-
beant; quæ quatenus valeant; quæ & quatenus inutilia sint, nul-
liusque momenti.

Cap. XVII. De Pacto, NE DOLUS IN BONÆ FIDEI CONTRA-
CTIBUS PRÆSTETUR.

Cap. XVIII. De Casibus fortuitis.
EPILOGUS.

PLACUIT DISPUTATIONEM EX HAC LEGE A QUODAM JURIS STUDIOSO,

nunc Doctore non incelebri practico, Anno 1587. petitam, &
publicæ cæcitæ gratiâ defensam, hoc
loco subnectere.

CONCLUSIO PRIMA.

HÆC Lex contractuum & quasi contractuum bona fidei condiciones
tām naturales, quām conventionales, quodam verborum compendio
artificiose explicat.

2. Nullam autem contractus plenam & perfectam definitionem in libris
nostri juris aut monumentis Interpretum nostrorum usquā extare pu-
tamus.

3. Nos eum definimus in hæc verba, Contractus est conventio obligatoria
propriā suā facultate absque juris civilis singulari confirmatione obligatio-
nem ad agendum efficacem producens.

4. Græcè vocatur συνάλλαγμα sive ποινηγός sive utrinque obligatio-
nem constituat.

5. Et differt à pacto legitimo, quod similiter ut juris gentium, semper
nudum est.

6. Hodietamen legitimi & juris gentium pacti distinctio sublata vide-
tur, cum ex omni pacto nudo, ut volunt, actio detur, non tamen, ut arbitra-
mur, jure canonico, sed potius consuetudine.

7. Porro quasi contractus est quasi conventio quadam, proprio quodam
jure (ut Gaius loquitur) obligationem producens: qualis est tutela admini-
stratio, negotiorum gestio, item rerum communio, & quandoq; etiam so-
lutio indebiti, non semper; siquidem ea interdum proprius & verus sit con-
tractus.

):():(

8. Vt

DISPUTATIO.

8. *Vt autem actiones, sic & contractus & quasi contractus alij bonæ fidei dicuntur, alij stricti juris.*

9. *Bonæ fidei contractus sunt, quorum actiones legis potestate ejus nature sunt, ut ex iis condemnatio fiat ex aquo & bono, etiam ultra id, de quo inter partes nominatim convenit.*

10. *Stricti juris contractus dicuntur, in quorum actionibus condemnatio fit strictè: veluti secundum ea, quæ nominatim in ipsa conventionem expressa & nuncupata fuerunt.*

11. *Atque hoc discrimen legibus canonicis non sublatum, sed potius approbatum esse credimus.*

12. *Eiusque fœdere commodissime deciditur illa quæstio: An ob dolum in contrahendo admissum, contractus ipso jure nullus sit, nec ne. Si enim bonæ fidei contractui causam dederit dolus; ipso jure contractus ille nullus est: si verò inciderit in ipso contractu dolus, non quidem ab initio contractum reddit nullum, sed is rescinditur omnino, vel reformatur per actionem ejusdem contractus, vel per doli exceptionem. At stricti juris contractus ipso jure non vitiatur dolo; si ve is causam dederit contractui, si ve in ipso contractu inciderit. Sed contractus ab initio quidem juris subtilitate subsistit, atque inde actio nascitur, verum dolo circumventus indemnitati sue consilere potest vel actione vel exceptione doli.*

13. *Sunt autem bonæ fidei contractuum, & quasi contractuum conditiones, quæ hac lege indicantur, Dolus malus, Culpa, & Casus fortuitus.*

14. *Dolum malum, qui fraus dicitur, ineptè distinguunt Dd. in dolum verum & dolum præsumptum.*

15. *Culpa nihil aliud est, quàm negligentia; si ve prætermissio mediocris diligentia. Et tam in omitendo quàm in faciendo consistit. Eiusq; gradus tres duntaxat sunt, lata, levis, & levissima culpa.*

16. *Lata culpa est prætermissio minime diligentia: eaque dolo proxima dicitur.*

17. *Levis culpa est prætermissio mediocris diligentia, qualem diligens & frugi paterfam. suis rebus adhibere solet. Et hac propriè culpa dicitur. Vnde vox culpe simpliciter in jure posita, intelligitur de levi culpa, nisi materia subjecta aliud suadeat.*

18. *Levissima culpa est prætermissio summa diligentia qualem optimus quisque paterfam. suis rebus adhibere solet. Eaq; ex opposito diligentia verbo, ut in hac lege, ita & plerunque alibi significatur.*

19. *Casus.*

J U R I D I C A.

19. *Casus fortuitus est, quem nullum consilium humanum providere potest; vel cui humana infirmitas resistere nequit.*

20. *Dolum autem & culpam, licet diversimodè, omnes contractus & quasi contractus bonæ fidei naturaliter recipiant: Nullus autem naturaliter recipit casum fortuitum, sed tantum ex conventionem partium.*

21. *Et pro regulâ hîc tenendum est. In contractibus, qui solius dantis gratia sunt, duntaxat dolum & latam culpam præstari: Qui verò utriusque contrahentis gratia habentur, capaces esse doli, lætæ & levis culpæ. Eos autem, qui accipientis tantum gratia celebrantur, dolum, latam, levem, & levissimam culpam recipere.*

22. *Hinc depositum recipit tantum dolum & latam culpam: quemadmodum & precarium: quod licet hîc inter contractus numeretur, tamen revera neque quasi contractum id esse defendemus.*

23. *Venditum autem dolum, latam, & levem tantum culpam admittit: licet quantum ad solum pretium, non etiam ulterius, veluti interesse, rei periculum venditoris esse non absq; legum autoritate quidam existiment.*

24. *Similiter & pignoris contractus, præter dolum & latam culpam, recipit etiam culpam levem.*

25. *Ejusdem quoq; conditionis est locatio & conductio, cujus mercedem etiam in alia re quàm pecunia numerata consistere posse asserimus.*

26. *Uter autem locator aut conductor dicatur, inter omnes non convenit. Vulgò locator dicitur, qui accipit mercedem: Conductor, qui eam dat. Quæ definitione merito rejecta, alij locatorem definiunt, qui dat utendum vel faciendum aliquid: Conductorem, qui accipit.*

27. *Sed & illam, ut non satis accuratam definitionem omittentes, Locatorem appellamus, qui definita mercede, vel rem utendam alicui concedit, vel in operis præstandis se alicui offert: Conductorem, qui constituta mercede, vel rem utendam ab aliquo accipit, vel in operis præstandis placitum offerentis suscipit.*

28. *Præterea dotis datio, quæ contractus est, & quidem ex eo contractuum genere, qui re perficiuntur, præter dolum & latam culpam, etiam levem recipit culpam.*

29. *Atque inde etiam haud obscure intelligitur maritum non esse perfectæ rei dotalis dominum, licet verè Dominus ipsius sit, non etiam (ut arbitramur) mulier ejus domina habeatur.*

30. *Negotiorum quoque gestio plerumque dolum, latam, & levem tantum*

DISPUTATIO JURIDICA.

nam recipit culpam, ut & tutela administratio. Item societas & rerum communio.

31. A commodatario autem & mandatario praefer dolum, latam & levem culpam, etiam levissimam culpam juris auctoritate exigimus.

32. Et haec, quas retulimus naturales sunt contractuum, & quasi contractuum conditiones: Partium autem conventionibus effici potest; ut vel plus vel minus in singulis contractibus veniat, sed diverso jure.

33. Si enim ab initio inter contrahentes convenerit, ut plus in his contractibus praestaretur, veluti in contractu depositi, ut praeter dolum & latam culpam etiam levis praestaretur culpa: Vel in emptione, pignore, locatione, dotis datione, aut societate, ut praeter dolum, latam & levem culpam, etiam levissima praestaretur culpa, vel in mandato, aut commodato, ut praeter dolum & omnem culpam etiam casus praestaretur, tunc adversarius ejus pacti nomine auctori eadem tenetur actione, quae ex contractu principali nascitur, non etiam actione praescriptis verbis.

34. Quod si autem inter contrahentes convenerit, ut minus in praedictis contractibus, quam illi naturaliter recipiunt, praestaretur, veluti in mandato vel commodato dolum tantum & lata culpa, non etiam culpa levis & levissima, pactum hoc ex parte rei inest illis contractibus, & quidem ipso jure, si in continenti, per pacti verò conventi exceptionem, si ex intervallo fuerit subiectum.

35. Diversa autem ratio est pactorum strictis negotiis in continenti subiectorum. Ea enim licet ipso jure prosint reo, etiam non opposita exceptione pacti, modo confestim quid detrahant contractibus, tamen si iis adjiciunt aliquid, etsi in continenti, tamen ad actionem auctori non prosunt.

36. Postremo, ut pactis effici non potest, ne dolum in bonae fidei contractibus praestetur: Ita nec culpam aut casum fortuitum precario conventionem adijci posse arbitramur.

CUN-

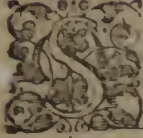
17.

VII

CUNRADI RITTERS-

HUSII JC. COMMENTARIUS

AD L. XXIII. DE REG. JUR.

 ANCTUS GREGORIUS, qui à miraculis quibus claruit *θαυμα-
στός* dictus est, & Origenis fuit discipulus, in oratione Panegyri-
ca, quam à Magistro suo discessurus grati animi ergo in magna ho-
minum frequentia habuit, ubi de suo Legum Romanarum studio
mentionem facit, tàm linguam Latinam quàm Ius Civile Romanum in signi ornat
elogio. Nam Legum quidem, quas ferè totas ex Græcia derivatas & translatas es-
se ait, (quod etiam ex Livio, Tacito, Pomponio in l. 2. *De orig. jur.* & aliunde no-
vimus) singularem & sapientiam, & pietatem, & admirandam varietatem prædi-
cat: Linguam verò quæ illæ sint expositæ ac traditæ, dicit, magnificentia quadam
& venerabili honore plenam esse, omninoque talem, quæ ad Majestatem Imperii
sit conformata & accommodata: quamvis aliis hominibus, quibus nativa & ver-
nacula non est, ad perdiscendum sit gravis atq; difficilis. Se quidem ait in utroque
magnam expertum fuisse difficultatem; & in sermone, inquam, & in Iure Romano
addiscendo. A suo tamen Doctore subinde animum sibi additum fuisse, & excita-
tam in se discendi alacritatem: proposita ostensaque illa spe, fore ipsi disciplinam &
cognitionem Iuris Romani (quo jure omnium Imperio Rom. subjectorum homi-
num res gubernarentur) pro maximo viatico atque subsidio (ipse Græca lingua
vocat *ἐπιστήμη ἐπιδίωξις*) non solum si quando in foro ac judiciis versari, & causas age-
re instituisset: verum etiam ad quodcunq; vitæ genus animum applicaturus esset.
Hæc nobis quoque dicta putemus. Nam hæc omnia sunt ejusmodi, ut tùm ad lin-
guæ Latine, tùm ad Iuris Civilis Rom. in quo explicando discendoque versamur,
laudem & commendationem vix quicquam dici possit luculentius & gravius tan-
toque plus in hoc testimonio ponderis & auctoritatis inest: quantò major fuit san-
ctitas in eo viro, à quo id prolatum est. De linguæ Latine laudibus hic agendi lo-
cus non est: de qua hoc tantùm admoneo: etsi ea in primis ex Cicerone, Plauto, Te-
rentio, Cæsare, Salustio, Livio, aliisque bonis auctoribus discenda est: tamen si o-
mnes illi periissent, parvo negotio illam jacturam ex Pandectis, & veterum Iuris-
consultorum scriptis refarciri ac restitui posse. Tanta est in illis & varietas & pu-
ritas orationis. Sed, ut dixi, hoc nunc non agitur: de quo aliàs latius. Iuris autem
Romani sapientia, pietas, ac varietas illa, quam tantoperè prædicat D. Gregorius
loco supra d. cùm ex aliis ejus articulis & partibus satis elucet, tùm maxime ex do-
ctrina Ictorum de CONTRACTIBUS. Quorum tanta est utilitas adeoq; & ne-
cessitas ad vitam humanam commodè agendam: ut non magis aqua & igni, quàm
illis carere posse videatur. Ea res impulit Iuris auctores, ut hanc Iuris Civilis par-
tem quàm diligentissimè explicarent: quod apparet ex aliquot libris ac titulis Pan-
decta-

A

decta-

dectarum, & ex bona parte libri quarti Codicis, & tertii Institutionum. Et sanè tantò maiore digna est admiratione Ictorum veterum, qui ista sic perferutati sunt & elimârunt; Sapiëntia & æquitas, ex ipsâ quasi naturâ, iustitiæ expressa: quodd ferè omnes illi fuerunt pagani, & à Christiana religione alieni, adeoque etiam illius hostes: quod de Vlpiano & aliis quibusdam compertum habemus. Sed fuit in ipsis hoc à lapsu reliquum lumen rationis, quod illi agitatione studii perpetui mirificè conservârunt, excoluerunt, & illustrârunt: adeò quidem ut ex ipsorum scriptis etiam Lex divina, maximè quo ad secundam tabulam aliquid lucis fœnerari & accipere possit: quodd egregiè docuit vetus scriptor, qui Legem Dei cum legibus Romanis contulit; & editus ante hos 30. annos Parisiis à Petro Pitheo: deinde renovatus ab Henrico Stephano. In singulis autem contractibus quari solet, *quid quantumq; alterum alteri prestari oporteat*: sive ad *quid alter alteri obligetur teneaturq;*, vel ex natura cuiusque contractus, vel ex pactis & conventis, quæ contractui initio fuerint adjecta. Ea doctrina cùm priùs sparsim ad singulos contractus fuerit tradita, pluribus Pandectarum titulis ab Vlpiano in hac Regulâ, L. 23. de Reg. iur. (quam explicandam nobis desumpsimus) summam quasi in unum fasciculum colligitur & comprehenditur doctissimè, maximoque artificio. Solet enim ex iure quodd est, fieri regula: per quam brevis rerum narratio traditur: quasi causæ coniectio est, (ita legendum est cum Pand. Florent. non *conjectio*, ut vulgò) hoc est summaria collectio & comprehensio, & quasi per indicem facta expositio L. 1. & ibi Ioann. Ram. & Giph. aliq; recentiores, sup. hoc tit. quippe Icti ex LL. aut moribus, quibus propriè Ius introducitur & constituitur, artis constituendæ & memoriæ adjuvandæ causa excerpterunt & collegerunt Regulas. Quodd autem Paulus in d. l. 1. negat Ius ex Regula sumi, id intelligendum est principaliter & propter se: quomodo scilicet ex Legibus vel moribus introducitur & sumitur Ius. Attamen secundariò, seu propter aliud, etiam ex Regula Ius sumendum, & ad incidentia negotia aptandum esse, rectè dicimus: quia videlicet ex legibus, quæ propriè sunt causa juris proxima, collectæ sunt & constitutæ à Iurisconsultis Regulæ. Sed hæc ad L. 1. h. t. latius explicari solent.

Priusquam verò accedamus propiùs ad explicationem sive commentarium huius sapientissimæ legis: (quæ Lex, ut eruditè demonstrat Ant. Contius, octodecim enunciationes sive sententias continet, in quas scindi atque deduci potest.) Faciendum videtur, ut evidentioris doctrinæ causa quædam præmittamus, quæ sint loco protheoriæ. Primum erit caput de Inscriptione huius legis & auctore. Secundum de summa & scopo totius legis, & de consimilibus Iuris locis. Tertium de contractu. Quartum de dolo. Quintum de culpa. Sextum de casu fortuito. Septimum de vi verbi *prestare*, quomodo id in hac Lege, & similibus locis, accipiat. Et deniq; Octavum, de commentatoribus, qui ad hanc Legem scripserunt.

His ordine expositis postea res ipsa tantò
erit facilior.

BROTHEO.

PROTHEORIÆ CAPVT PRIMVM.

De Inſcriptione huius Legis, & Auctore.

AD I. Caput harum præmunitionum quod attinet, Lex noſtra auctorem habet VLPIANUM: ut ex inſcriptione ipſius patet. Fuit autem Domitius Vlpianus, (ut pauca de ipſo attingamus hiſtorica) oriundus ex ſplendidiffima Tyriorum Colonia, ut ipſemet de ſe teſtatur, in L. 1. ff. de cenſib. & L. 16. Cum Vlp. ff. de Interd. & releg. vocatur etiam *Damaſcenus*. Fitque ejus mentio apud Athenæum: ubi conſuetudinem ipſius deſcribit, qua ſolitus eſt ſumma diligentia percurrere, de quarumvis rerum nomenclatura, ex quo à familiaribus ſuis per jocum appellatus eſt *κλίσινος*. Deinde ex Lampridio in *vita Heliogabali* diſcimus, Vlpianum jam tùm ſub illo principe, vel potiùs monſtro hominis, clarum fuiſſe, & magnis in honoribus ſpectatum. Scribit enim, quod Heliogabalus ipſum ut bonum virum removerit. Ferre ſcilicet homo turpiſſimus non poterat virum optimum & ſui diſſimillimum. Ita quippe fit, ut ſcribit Petronius Arbitr: *Si quis vitiſſorum omnium inimicus rectum iter vitæ cœpit inſiſtere, primum propter morum differentiam odium habet. Quis enim poteſt probare diverſa?* &c. Sed illo monſtro occiſo ac per plateas perque cloacas ſordidiſſimè tracto, & in Tiberim ſubmerſo, teſte Herodiano libr. 5. Vlpianus ſub ejus ſucceſſore Alexandrò honoribus reſtitutus eſt. Nam idem Lampridius in *vita Alexandri Severi* ſcribit, ipſum fuiſſe apud illum Imp. magiſtrum ſcriniſſorum, & primum doctiſſimorum Iuriſperitorum, & maximè Imperator fidelium, à quibus negotia & cauſas priùs tractari ordinarique præceperit Imperator atque ita ad ſe referri: quod hodie ſolet eſſe officium eorum quos *Cancellarios*, & illorum quos *Reſerendarios Principis* appellamus: tempore Juſtiniani & aliorum *Queſtores* dicebantur. Ibidemque ſub ſinem ejus libri idem Lampridius vocat Vlpianum *Iuriſperitiſſimum*; & unà cum aliis ſeptendecim Iuris profeſſoribus, & quos in conſilio habuerit Alexander reſenſet eum inter diſcipulos ſplendiſſimi Papiniani: cujus etiam paulò antè memorat ipſum fuiſſe Aſſeſſorem unà cum Iulio Paulo, quando Papinianus fuit Præfectus prætorio. Quod etiam indicat elegantiffima diſputatio inter duos illos magnos condiciſcipulos magni magiſtri, Paulum & Vlpianum, quæ in L. 40. *lecta. ff. de reb. cred.* deſcribitur à Paulo, qui tamen parciſt nomini Vlpiani diverſum ſentientis. Magno in honore habitum fuiſſe à ſuo principe Vlpianum, ſatis apparet etiam ex illis honoris vocabulis, quæ Alexander ei tribuit in jure noſtro: ut quando *parentem ſuum* appellat, in L. 4. C. de locato & conducto: Item quando *amicum ſuum* vocat in l. 4. C. de contrah. & committ. ſtip. In prior lege dicitur *Præfectus prætorio*: in Altera *Præfectus annonæ*. Ex quo intelligimus, quantos geſſerit magiſtratus.

Quemadmodum autem Magiſter ipſius Papinianus miſerabili vitæ exitu periit: capite truncatus juſſu Antonini Caracallæ: quod noluiſſet excuſare parricidium in fratre Geta trucidato commiſſum. (dicebat enim, *Non a què faciliè parricidium excuſari quam fieri poſſe*, teſte Spartiano, in *vita Anton. Caracallæ*.) Ita etiam Vlpianus

A 2

nus

nus noster miserabiliter interfectus est à militibus Prætorianis noctu in ipsum irruentibus: quamvis antea sæpè Imperator ipsum tutatus fuisset à furore militari, & quidem objectu purpuræ suæ. Verùm, ut dici solet, *quem sæpè transit casus, aliquando invenit.*

Quæ & quot reliquerit scripta, ostendit Index Pandectarum Florentinarum: ex quo colligimus; ex omnibus lictis, quòrum è scriptis Digesta sunt composita, neminem plura de jure fecisse volumina, quàm Vlpianum; post Paulum. Hi enim duo plura cæteris omnibus scripserunt: & Paulus vicit omnes. Interque hos duos sub Papiniano commilitones & collegas observata est à doctis viris illa insignis differentia, quod Paulus quidem in suis responsis, & reliquis Commentariis juris, magis soleat sequi strictum jus, & artem ac regulas juris: Vlpianus verò magis inclinet ad æquitatem sive benignitatem & humanitatem, insuper habito stricto jure. Deinde quod etiam stylo ac dicendi genere non parum discrepent: cùm Vlpianus quidem utatur orationis genere facili, prolixo & vulgari: Pauli verò stylus (sicut & Africani & Papiniani ac Scævola) sit multò accuratior, brevior & nervosior. Vnde fit, ut Pauli quidem leges, tanquam obscuriores & difficiliores, magis indigeant operâ interpretis, quàm Vlpiani, ut sibi ipsi pro interprete esse potest, satis perspicuo: Et Cujacius quidem in Vlpianum nihil, sed in Papinianum, Paulum & Africanum, uberes scripsit commentarios.

Extant Vlpiani elogia quædam insignia etiam in jure nostro præter superius adducta, v.g. à Modestino vocatur *nobilis, & nobilissimus vir, & coryphæus Iurisconsultorum*. l. 2. §. ult. & l. 4. inf. & l. 13. scire. §. Aliud. ff. de excusat. Impp. quoque Dioclet. & Maximin. eundem vocant *virum prudentissimum*, in l. 11. C. de quest. Iustinianus cum Papiniano eum conjungens vocat *virum disertissimum*, in l. ult. C. de instit. & substit. Alibi verò *summi ingenii virum*, in l. un. §. ne autem hoc. C. de caducis tollend. Denique Zosimus Historicus ad laudem Vlpiani sic scribit: & Legislatorem fuisse optimum, & virum sapientissimum, qui & præsentia rectè ordinare & disponere, & futura feliciter prospicere potuerit. Plura de vita & laudibus Vlpiani, si quis desiderat, is legere poterit eos qui descripserunt vitas Iurisconsultorum: & duas orationes Clariss. viri Iac. Lectii, quas de Vlpiano habuit.

Fit etiam mentio, in Legis nostræ inscriptione, SABINI. Nōn solum autem Vlpianus ad Sabinum scripsit libros 51. sed & alii ad eundem scripserunt, ut Pomponius libros 35. & Paulus 16. quod constat ex Indice Pandectarum Florentinorum suprâ laudato. Quod ad eandem figuram dictum est; quæ quidem ad *Edictum*, vel ad *Leges*, vel ad *Senatusconsulta*, vel ad *orationes Principum*, vel ad *Plantium*, vel ad *Minitium*, vel ad *Vrseum* scripsisse commemorantur: Quod idcirco admoneo, ne quis fortè putet, Vlpianum vel Paulum vel Pomponium libros aliquot Sabino dedicasse: ut vulgò in more positum videmus: & olim quoque factitatum scimus: ut Varro Ciceroni, ipse Cicero & Varroni & aliis suos quosdam libros inscripsit: v. g. Topica ad Trebatium: & de Oratore ad Brutum, &c. Sic Iulius Pollux Onomasticon suum ad Imp. Commodum scripsit: sic Spartianus Capitolinus & Lamprius vitas aliquot Imperatorum ad Diocletianum & Constantinum scripserunt.

Sed

Sed tale aliquid ab Vlpiano & cæteris ad Sabinum fieri non potuit per temporis rationem, cum Sabinus ille multò ante decesserit.

Sed hîc illa succedit quæstio, cum plures fuerint hoc nomine (duo enim Sabini nominantur à Pomponio in l. 2. ff. de or. jur. quorum prior prænomen habuit Masurius: Alter Cælii: duo item alii, pater & filius, ambo prænominibus Fabii recensentur ab Historico Lampridio in *Alexandro Severo*, quorum alterum virum consularem occidi iussu fuisse scribit idem ab Heliogabalo: qui tamen non fuerit occisus, sed urbe tantum pulsus à Centurione Surdastro, qui non satis fuerat affecutus mandatum principis, mollioribus verbis utentis, ut inquit Historicus, id est, submissiore voce loquentis: Alterum *Caronem sui temporis* vocat idem, ob insignem videlicet gravitatem) quæstionis inquam est, quisnam ex illorum numero fuerit Sabinus, qui hîc nominatur; & ad quem tres illi Iurisconsulti fuerint commentati? Et Lampridius quidem in *vita Heliogabali* in illa est sententia, Vlpianum libros suos scripsisse ad consularem illum virum, quem sic per errorem & casu quodam in vita servatum diximus, cum esset morti destinatus. Sed errare Historicum illum docuit jam pridem Cujacius in observationibus, & probavit nuper Casaubonus in *Notis doctissimis ad Historiam Augusti* pag. 391. Nam Sabinus ille potius fuit Masurius, cujus etiam facit mentionem honorificam Arrianus lib. 4. *dissert. Epicteti*: qui sub Imperio Tiberii Cæsaris floruit, primusque de jure publicè respondendo scripsit; & inequestrem ordinem receptus fuit privilegi loco, cum jam esset natu grandis & propè quinquagenarius, teste Pomponio in *dict. l. 2.* De hoc ICto memorabile est in primis, quòd in re adeò tenui fuerit, ut à suis auditoribus plurimum fuerit sustentandus. Quæ pietas discipulorum erga suum præceptorem valde est notanda & imitatione digna: sed hodie perrara, dum *scire volunt omnes: mer edem olvere nemo*. Et hæc de Inscriptione Legis nostræ hætenus. Quibus alia quoque Iuris nostri & historiarum loca nonnihil posse illustrari existimo. Quibus & hoc ad extremum addo; quamvis clarissimus & doctissimus Anton. Con-
tius hîc dubitet de verbis hujus Legis, sintne illa Vlpiani, an Sabini ipsius: tamen omîssa dubitatione illa non necessariâ, existimare me, hæc verba, procul dubio habenda esse pro eo ac si Vlpianus ipse, non Sabinus scripsisset. Nam dubitationem omnem tollit ipsa inscriptio, quæ manifestò illa tribuit Vlpiano.

PROTHEORIÆ CAPVT SECVNDVM.

De Scopo & Summa hujus legis: & consimilibus
Iuris locis.

SEQUITUR secundo loco, ut de scopo & summa hujus legis pauca dicamus: tamen hæc jam quodammodo ex superioribus intelligantur. Sed juvat eadem ex Constantino Harmenopulo proponere, qui fuit Iudex Thessalonicensis, & scripsit Enchiridion sive *ἐνχειριδίων* legum, lingua Græca. Is ergò libro 6. ejus operis tit. 2. Reg. diversis, pag. 482. editionis Gothofredi, ad hunc modum scribit: *In hac regula scopus est legislatori, docere quadam naturali*

A 3,

con-

convenientia contractibus, & quam varia in his querantur, & quam accurate, & ex quibus casibus periculum inducatur, & damnum, ei qui contraxit: & in quibus non obligetur, &c. Hæc ille Constantinus: cui majoris evidentiae causa subijciam dilucidiorum & pleniorum quandam Legis partitionem. Quatuor igitur membris hæc lex nostra constat: quorum in primo docetur, quid unaquæque species contractus vel quasi contractus recipiat ex communi & usitata sua natura, sive quid ferat ejus natura, quidque secundum illam sibi invicem præstare debeant, qui contraxerunt, tamen si nihil ab ipsis expressum, vel lingua nuncupatum sit. In secundo membro (quod incipit à verbis: *sed hæc ita &c.*) offertur exceptio: Nisi pactis conventis initio apposis nonnihil fuerit immutata illa communis & regularis natura contractuum. In tertio membro (cujus est initium in verbis: *Excepto eo*) traditur, quæ pacta jure non subsistant sive quæ inutilia sint, & proinde contractum vitient. In quarto (quod incipit à verbo: *Animalium*) enumerantur pleræque species casuum fortuitorum, sive quos major quædam vis, cui resisti non possit, inducit: quos quidem in contractibus nemo præstare cogitur, nisi (ut suo loco explicabo) etiam illorum præstationem ultrò quis in se receperit.

Loci consimiles in jure nostro potissimum isti notari possunt: quorum in quibusdam rationes afferuntur, eorum quæ hîc simpliciter commemorantur; id est, ostenditur, quare in quibusdam contractibus dolus tantum; in quibusdam etiam aliquid amplius præstandum sit; & quare non in omnibus contractibus una eademque sit mensura præstationis: Loci inquam similes sunt isti: *Lex 5. si ut certo. §. 1. ff. commodati. l. 108. si servus legatus. §. 12. cum quid. ff. de legatis. 1. l. 14. Eum qui. ff. de furtis.* quæ lex eandem prorsus cum hac nostra inscriptionem habet, ideoque cum ea conjungi debet: quod me docuit Giphanius: sicut & illud; Vlpianum in *d. l. 29. ad Sabin.* ut etiam præc. tractasse de emptione & venditione: non de commodato; ut voluit Pet. Faber in *Comm. ad Reg. Jur.* Sed parvi hoc refert, de utro contractu Vlpianus ibi explicarit: cum satis constet, ICTOS quamvis alicubi ex professo de una specie contractus agant, tamen sæpè solere ipsos etiam digredi ad alium quempiam contractum vicinum, vel etiam transferre disputationem ad totum genus, quod Rhetores vocant *hypothesein ad thesin accommodare*: Imò etiam solent iidem, cum ex professo tractent de ultima voluntate, v. g. de legato, obiter aliquid attingere etiam ex doctrina de contractibus: cujus rei habemus illustre exemplum in *d. l. 108. §. 12. cum quid. ff. de legatis. 1.* & aliis in locis, quos videre est apud Dd. in *l. 20. verba contraxerunt. ff. de verborum signif.* & apud Nicol. Eberhardum in *Top. Legalibus*, & apud Daniele Mollerum *lib. 5. semest.* ubi diligentissimè explicant de contractu & ultimarum voluntatum convenientia & differentia: docentque, quo pacto argumentum duci possit ab uno ad alterum. Fit autem hoc propter cognationem rerum inter se: quæ tanta est; ut non possit, qui tractat unam, non attingere vel conjungere etiam alteram; vel mutuari ex una, quod in præsens conducat in alia, ut verbis utar clarissimi Cujacii in *parat. ff. de operis nov. nunt.* Extra Juris nostri libros est locus huic legi similis apud Modestinum *lib. 2. de diff. juris*: cujus verba referuntur *tit. 10. in libello quo lex Dei confertur cum Legibus Romanorum.* Et hæc de secundo

Secundo cap. præmuntionum : unde satis patet, quanta sit hujus Legis utilitas, quàmque latè sit ea diffusa.

PROTHEORIÆ CAPVT TERTIVM.

DE CONTRACTU.

Proximum est ut quædam subjungamus de verbo *Contractus* : tanquam de subjecto hujus Legis primario ; cui plura deinceps adiunguntur prædicata. Primum autem notandum est, pro *Contractibus* Ciceronem potius usurpare solitum *res contrahendas*. Deinde notandum est, *Contractus* vocabulum latissima significatione (quamvis rariore) ita etiam usurpari, ut complectatur delicta. Exemplum est apud Triphoninum in l. 52. si rerum amotarum. ff. de Act. rerum amotarum. ubi scribit, Actionem rerum amotarum, (quæ datur conjugi adversus conjugem de rebus alteri ab altero subreptis in matrimonio, tot. tit. ff. de Act. rerum amot.) oriri ex malo contractu, id est, delicto : quod etiam affirmatur in l. 21. si mulier. §. hac actio. ff. d. t. Ad quem modum Aristoteles quoque in 5. Ethicor. delicta & crimina vocat *συνάλλαγμα ἀνόμιον*, hoc est, Contractus involuntarios : non quod fiant ab invitis ; (Nemo enim invitus delinquit ; sed volens, & ex mala cupiditate) sed quod in invitos committantur. Quis enim est, qui non mallet res suas integras servare ac retinere, quam illis surreptis furto aut vi, vel corruptis aliquo illato damno ac detrimento, actionem acquirere furti vel vi bonorum raptorum, vel Legis Aquiliæ, vel aliam : Cum præstet intacta cujusque jura servari, quàm post causam vulneratam remedium querere. l. ultim. Cod. In quibus causis in integ. restit. necesse non est. Imò qui volens & consentiens passus est, vel rem suam ab altero auferri, aut se lædi verbis aut factis, ei hoc nomine nulla competit actio, cum sit Regula iuris, *volenti & consentienti non fieri injuriam aut dolum*.

Porro Contractum DEFINIIT Antistius Labeo *ultrò citroq, obligationem*, quod Græci *συνάλλαγμα* vocant : ut testis est Ulpianus noster in l. 10. Labeo. ff. de verb. signif. In qua definitione videntur non pauca posse desiderari. Primum illud : est : quod contractus hoc loco definitur per obligationem : cum tamen constet, quod obligatio non sit genus contractus, sed ex contractu oriatur, atq; ita sit effectus, & proinde quiddam posterius. Nam contractus est factum quoddam, ut in l. 7. consilio. §. ult. ff. de cur. furiosi. Factum, hoc est, tractatus quidam inter contrahentes, v. g. inter emptorem & venditorem ; qualis eleganter describitur in l. 8. vers. quod si videlicet. D. de resc. vend. Quale factum etiam intervenit in distractu, qui est contrarius contractui. Nam & in solutione fit numeratio vel admensuratio, vel appensio ejus, quod debetur. Factum à Paulo etiam *Actus* dicitur in l. 2. §. ult. ff. de reb. cred. verbis, inquit, *credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione* : qui Actus ibi nihil aliud est, quàm præcedens interrogatio & se-

& sequens responsio congrua. l. 52. obligamur. §. verbum. ff. de obligat. & Act. l. 1. ff. de verb. oblig. & Institutionibus eod. in pr. tit. Obligatio autem quæ ex contractu nascitur, l. 1. in pr. ff. de obligat. & act. & alibi passim, non est facti, sed juris. Ita enim definitur, quod sit Iuris vinculum, quo necessitate astringimur, alicujus rei solvendæ. §. 1. Inst. de oblig. Est autem hoc notabile, quod interdum obligationes pro contractibus usurpantur, per metonymiam, scilicet effectu posito pro causa, ut videre est in l. 5. Ex hoc jure. ff. de just. & jure. ubi Herimogenianus ait, obligationes constitutas esse Iure Gentium: Quod ita exponit Iustinianus: ex Iure Gentium contractus penè omnes introductos esse. §. Ius autem gentium vers. & ex hoc jure. Inst. de jure Nat. Gent. & Civil. Facit huc etiam l. omnem. 20. ff. de judiciis.

Deinde hoc quoque in definitione Labeonis reprehendi posse videtur, quod nimis angusta sit: cum non omnibus conveniat contractuum speciebus. Sunt enim contractus aliqui ex quibus ultro citroque sive ab utroque latere vicissim seu vice mutua obligatio nascitur, (ut emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, quos etiam recenset d. l. 19. de verb. sign. & Justin. in tit. Inst. de oblig. ex consensu, & IC. in l. 2. ff. de oblig. & act. Ait autem Imp. in his contractibus alterum alteri obligari, hoc est, mutuas obligationes inde oriri, mutuas actiones; v. g. non tantum venditor emptori obligatur, & huic adversus illum competit actio ex empto, in primis ad rem venditæ soluto pretio vel fide super eo habita tradendam: verum etiam vicissim obligatur emptor venditori, & habet hic adversus illum comparatam actionem ex vendito, in primis ad solvendum pretium: & sic deinceps de cæteris exemplis similiter existimandum est, ne nimis longum faciam.) Sunt igitur, ut dicere cœperam, non tantum contractus ejusmodi, quos Græci appellant διπλάτους quasi dicas bilateros, vel bilaterales: verum etiam sunt alterius generis contractus quidam, in quibus non uterque sive alter alteri ultro citroque obligetur: sed tantum ab una parte sive latere obligatio nascitur: ut videre est in mutuo, & in stipulatione. Qui mutuum alteri dedit, non obligatur ei qui accepit: sed is qui accepit, solus obligatur ad reddendum quod accepit, & quidem ex eodem genere & eadem bonitate: quamvis hoc expresse non fuerit dictum, sive cautum inter contrahendum. l. 3. ff. de reb. cred. similiter in stipulatione is qui interrogavit sive stipulatus est, non obligatur; sed solus promissor ad dandum vel faciendum vel præstandum. Nec obstat, quod ex stipulatione & obligatione verborum duæ proficiantur actiones: nempe condictio certi & ex stipulatu: initio. tit. Inst. de verb. obl. Nam istæ actiones ambæ dantur uni & eidem: videlicet stipulatori, sive ei qui interrogavit: prout scilicet res in stipulationem deducta fuerit, aut certa aut incerta. d. pr. tit. Inst. juncta lege 24. si quis certum. ff. de V. O. Alteri verò qui spondit, sive promissori nulla datur actio adversus stipulatorem, quia scilicet hic illi non obligatur ullo modo vel ad quicquam: sicut neq; mutuum accipienti ulla competit ex mutuo actio, sed soli mutuum danti, sive ei qui credidit pecuniam datur actio, quæ vocatur pecuniæ credita, sive ex mutuo. Atq; hoc genus contractuum Græci juris Interpretes appellârunt docendi causâ *μονόπλευρον*, quasi dicas uni laterum. Videatur de his & Ioan. Borcholten Doctor meus venerandus in Comment. de pactis c. 1. n. 6. & in Comment. de verb. oblig. cap. 1.

Sed

Sed ei quod diximus, causam obligationis esse contractum, videtur ob stare, quod ait Paulus in *l. 44. obligationum fere. ff. de oblig. & action.* ubi quatuor recenset causas obligationum, easque ordine ac deinceps explicat: videlicet diem, conditionem, modum & accessionem: Si ergo verum est, unam esse obligationis causam, non poterunt esse quatuor: aut si sunt quatuor, falsum est, unam duntaxat esse. Respondeo, Causas obligationum in *d. l. 44.* non ita accipiendas esse, ut ex quibus nascentur obligationes: sicut quando dicimus obligationem nasci ex contractu, *d. l. 1. in pr. ff. de oblig. & act.* sed causas vocat ibi Paulus qualitates sive conditiones sive attributiones quasdam contractuum vel obligationum, sine quibus tamen qualitatibus contractus benè possunt subsistere. Nam plurimi sunt contractus, in quibus neque dies adijcitur, neque conditio, neque modus, neque accessio: ut videre licet in illis stipulationibus, quæ purè fiunt. §. *omnis stipul. Inst. de verbor. oblig.* Idemque sentiendum est de emptione & venditione purè & præsen ter facta, & sic deinceps. Sic alibi passim Icti utuntur verbo causæ pro conditione vel statu, personæ vel rei: v.g. cùm dicant aliquem in ea causa esse, ut hoc aut illud facere debeat: Item cùm dicunt causam possessionis pro ejus qualitate: ut in Reg. *Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest.* Sic causa dotis, quæ ubique præcipua esse dicitur in *l. 2. ff. soluto matrimonio*, nihil aliud est, quàm dotis conditio, &c. Sollet enim CAUSÆ nomen variè usurpari, quod videri potest apud Iuris Lexicographos, & apud Robert. Stephanum in commentar. latinæ linguæ.

Atque his potissimùm modis impugnari potest definitio contractus à Labeone tradita in *d. l. 19. de verb. signif.* Quid ergo dicemus pro Labeone? Simplicissima est sententia, non fuisse ibi propositum Labeoni, definire totum genus contractuum, aut contractum latissimà significatione acceptum; sed cùm vellet ostendere, quodnam sit discrimen inter hæc tria verba: *Adum*, *gestum*, & *contractum*, satis habuit assumere unam aliquam speciem contractuum, vel contractum etiam in angusta sui significatione, neque necesse fuit ipsi de toto genere explicare: imò hoc ibi fortassis alienum fuisset. Inter *gesta* verò & *facta* subtilem illam differentiationem Labeonis sæpè negligi, & alterum pro altero promiscuè sumi notat Cajus, in *l. 58. ff. eod. tit.*

Sed est operæ pretium cognoscere quoque definitionem contractus traditam à Theophilo in paraphrasi *Institut. tit. de oblig. Contractus*, inquit, *est duorum aut etiam plurium in idem conventio & consensus, ad constituendam obligationem, & ad faciendum alterum alteri obnoxium.* Hæc definitio est plenior, & complectitur eos etiam contractus, in quibus ex una tantum parte oritur obligatio, ut observavit præter alios Heft. Richer. *ad Rubric. tit. ff. de verb. oblig. n. 47.* Generis loco hîc ponitur *conventio & consensus plurium in idem.* Consensus est affectus sive animus ex utraque parte contrahentium concurrens, ut ait Giph. in *l. 55. In omnib. reb. ff. de oblig. & act.* Cui contrarius est error, & dissensus, si nimirum aliud hic aliud ille sentiat. *l. 57. in omnibus negotiis. ff. d. r. cum multis ll. concordantibus ibidem per Gothofredum productis.* Contraria quoque sunt vis & metus. *l. 116. Nihil consensui, infra h. r.* Et in aliis quidem contractibus sufficit solus ac nudus etiam consensus ad constituendam obligationem. *l. 2. ff. de oblig. & act. & tot. tit. Instit. de oblig.*

oblig. ex consensu. In aliis verò præter consensum oportet, ut alia quoque accedant: puta vel res, (id est, factum aliquod, puta traditio, vel annumeratio, vel appensio:) vel verba, vel scriptura: ut explicatur in *l. 1. §. 1. & §. seq. ff. de oblig. & act.* Et in eo quidem convenit tractatus cum pacto. Nam pactum quoque, seu quod idem est pactio, ita definitur, quod sit duorum pluriumve in idem placitum consensus: teste Vlpian. in *l. 1. §. & est pactio. ff. de pactis.* sive quod sit duorum consensus atque conventio, teste eod. in *l. 3. in princ. digest. de pollicitat.* Differentiam verò inter pactum & contractum facit sequens definitionis clausula: *Ad constituendam obligationem, &c.* Contractus enim pariunt obligationem, ut supr. diximus ex *l. 1. in princ. ff. de obligat. & act.* & obligatio porro parit actionem in personam. *l. 42. licet. §. Ea obligatio, & ibi D. not. ant. ff. de procurat.* Vnde Accursius alique obligationem solent appellare Matrem actionis personalis: *initio tituli Instit. de Actionib.* Vnde quod ait Paulus, Ex contractibus venire actiones, in *l. 49. ff. de obligat. & action.* intelligere debemus compendii causa sic dictum, mediante scilicet obligatione. Pacta verò non pariunt ullam obligationem, ut neque actionem: idque sæpè constitutum esse ajunt Imperatores in *l. 5. C. de contrahenda & committ. stipul.* (ubi nudam pollicitationem vocant nudum pactum; cum aliàs propriè loquendo plurimum differant pollicitatio & pactum. *l. 3. ff. de pollicit.*) vide *l. 7. juris Gentium. §. Igitur nuda. & l. divisionis. ff. de pactis. l. Legem, & l. cum proponas. C. eod. tit. l. si tibi. C. de locato. l. sive apud C. de transact. l. 2. C. de pactis conventis, cum similibus.* Ratio differentie inter pacta & contractus, quare ex his nascantur obligationes, efficaces ad agendum; ex illis non item, illa à Doctoribus assignatur: quia plerique homines, sæpè inconsultè, inconsideratè & leviter feruntur ac descendunt ad promittendum: cum non haberent animum deliberatum, neque voluntatem aut intentionem sese obligandi, & ut inde astringerentur, & cogi possent, ac ejus quod promiserunt observationem atque implementum. Vid. Barr. in *l. 1. §. si quis simpliciter. n. 2. ff. de verb. obligat.* quem refert & sequitur Hect. Richerius in d. *Comment. de verbor. obligat. num. 8.*

Vulgò quidem putant, Iure Pontificio ex pacto nudo, nasci obligationem, & actionem. *cap. 1. & 3. extra de pactis: ubi Canonista.* Sed hanc opinionem falsam esse docet Richerius dict. loco, ejusque contrarium tenuisse celeberrimos Dd. quos etiam refert & probat Iason. in *l. 7. §. sed cum nulla. ff. de pactis:* ubi etiam respondet Iason. locis in contrarium adductis: Exposui autem hoc latius in tractatu de differentiis juris Canon. & Civil. lib. 3. cap. 1. Quomodo autem pacta contractibus adjecta forment ac refovent illos, & pariant actiones ex illo contractu, de eo explicandi commodior occasio dabitur *infr. ad vers. sed hac u. a.* Interea videantur *l. 72. Pacta conventa. digest. de contrahend. emptio. & Franc. Hotoman. in illustribus quest.*

Dixi de contractus DEFINITIONE, primùm illa, quæ sumitur ex *l. Labeo. de verb. signif.* deinde de ea, quam tradidit Theophilus. Nunc de contractuum DIVISIONE una atque altera, pauca sunt attingenda. Et primò quidem illa celeberrima divisio in Institutionibus explicari solet, qua contractus alii fiunt *re*, alii *verbo*, alii *litteris*, alii denique *consensu*. *§. ult. Instit. de oblig. & aliquot. tit. seqq.* Illa igitur

tue

eur suæ interpretationi reservata, de aliis videamus. Dividuntur autem alia divisione contractus, ut vel sint *certi*, vel *incerti*, sive (ut vulgò appellant) ut alii sint *nominati*, alii *innominati*: de qua divisione explicatur in l. 7. §. 1. & 2. ff. de pactis, & in l. 3. & l. 5. *Naturalis digest, de prescriptis verbis*. *Certi* sive *nominati* sunt contractus, qui transeunt in proprium nomen: ut loquitur Vlpian. in d. l. 7. §. 1. de pactis, sive qui habent certum ac proprium nomen: ut sunt mutuum: commodatum, precarium: depositum: pignus: hypotheca: dotis datio: stipulatio, sive sponsio: fidejussio: scriptura: emptio, venditio: locatio, conductio: emphyteusis: societas: mandatum: & feudum: quamvis de hoc controversiam moverit doct. Hotomannus in observ. cujus sententiam Giphanius noster probare solebat. His contractibus idcirco nomen imposuerunt homines, quia in quotidiano & frequentissimo vitæ communis usu versantur. *Incerti* autem sive *innominati* contractus sunt, quorum appellationes nullæ Iure civili proditæ sunt, ut Iulianus ait in d. l. 3. ff. de prescriptis verbis. Fecit hoc inopia linguæ Latinæ, sive ut Lucretius ait, patrii sermonis egestas: alibi; propter egestatem linguæ & rerum novitatem: de qua inopia etiam alicubi conqueritur Cicero in scriptis philosophicis: tamen si idem interdum Latinam linguam non minùs copiosam vel etiam copiosorem Græcâ ipsâ affirmare non dubitet, ut videre est in lib. de Finib. & in 3. de Orat. Vlpianus quidem ita censet, Natura rerum conditum esse, hoc est, ita à natura comparatum, ut plura sint negotia quàm vocabula. l. 4. ff. prescript. verbis. Quanquam illa etiam accedere potest ratio, ni fallor potior, quia istæ species contractuum innominatorum minus sint usitatæ. Alioquin si tam crebri fuissent isti contractus, quàm prioris generis, facilè etiam nomina, sive appellationes suas invenissent. Novis enim rebus nova imponenda sunt nomina, ut ait Cicero lib. 3. de Fin. Innominati autem contractus loco certi nominis suam habent periphrasin, quæ vice nominis fungitur: ut prima species appellatur *Do ut des*: Altera *Do ut facias*. Tertia *Facio ut des*. Quarta *Facio ut facias*. Tot enim species enumerantur in dict. l. 5. *Naturalis ff. de prescript. verbis*. Iam verò quænam ex horum unoquoque nascatur Actio, non caret controversia, quam hîc explicare nimis longum foret, atque à proposito aberrans: sic etiam illa disputatio, An permutatio sit contractibus nominatis, an verò innominatis annumeranda: Quorum posterius ab Accursio affirmatur in gl. ad Rubr. Cod. de rer. permutat. Quæ quidem gl. communiter est approbata à Dd. Item alia quæstio, utrum transactio sit contractus nominatus, an innominatus: de qua videri potest Berengarius Tolos. in comm. ad l. 72. pacta conventa. ff. de contrah. empt. cap. 3. ad 9. partem gl. n. 3. Ioan. Borcholten in tractatu de Transact. Berengarius autem in seqq. membris etiam subdivisiones affert contractuum utriusque generis, Nominatorum scilicet & innominatorum; atque ad extremum colligit & diligenter explicat decem differentias inter contractus nominatos & innominatos: ad quem brevitatis causa sufficiat remissile.

Rursum novâ divisione contractuum quidam sunt *bonæ fidei*; quidam *stricti iuris*: de qua explicatur ab interpretibus Instit. ad §. Actionum. tit. de Actionib. Est enim hæc divisio communis contractibus pariter & actionibus sive judiciis: & quemadmodum Actiones vel sunt bonæ fidei, vel stricti iuris, ita etiam contra-

Etus l. 3. in contractibus. C. quibus ex causis majores. l. 4. Bonam fidem. Cod. de oblig. & act. cum similibus. Sic depositum dicitur contractus, qui ex bona fide oritur, nec ad perfidiam retrahendus. l. pen. C. Depositum. & in contractibus Societatis bona fides exuberare dicitur in l. 3. C. pro socio. idemque verum est etiam de similibus contractibus. Nam in omni contractu bona fides præstari debet, ut ait Paulus in l. 59. si mandatu §. 1. in ff. mandati. Et Tryphonianus ait, bonam fidem quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderare. l. 31. bona fides. in pr. ff. depositum. Quod tamen de omnibus contractibus generaliter videtur illis locis pronunciari, propriè tamen ad bonæ fidei contractus pertinere, docet Cl. Giphanius ad l. 4. C. de obl. & act. Verum quidem est, omnes contractus in se bonam fidem continere, & dolo ac fraude vacare debere: ab omnibus, inquam, contractibus abesse debet dolo, perfidia, fraus & machinatio: (his enim omnibus contraria est bona fides l. 3. in fin. ff. pro socio. & l. 5. si dolo. C. de rescind. vend. & l. pen. C. depositum.) quod etiam pertinet interdictum Apostoli in priore ad Thessalonic. cap. 4. Ne quis in negotio defraudet proximum suum; adeò ut etiam ex stipulatione, quæ est contractus stricti juris, obligatus per machinationem & dolum adversarii, quamvis ipso jure sive secundum subtilitatem juris obstringatur, tamen habeat exceptionem doli, qua possit elidere actionem, & liberationem consequi. l. 36. si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. ubi post alios videatur Giphanius. & tamen sunt aliqui contractus, quos per excellentiam nuncuparunt bonæ fidei contractus, illi qui Iura condiderunt: quia videlicet in ipsis bona fides debet exuberare & abundantior esse quàm in cæteris, & summam hinc desiderat æquitatem.

Memorable quoque est quod monuit Antonius Massa Galeusius IC. Rom. in tractatu de judiciis bonæ fidei. n. 5. Diversa ratione dictos esse contractus bonæ fidei ab illa, qua judicia sive actiones bonæ fidei appellantur. Nam in judiciis nomen bonæ fidei pertinere ad potestatem judicantis, quæ ibi est laxior, quàm in strictis judiciis: In contractibus verò ad personas & animum contrahentium. Præterea in his non tam larga significatione bonam fidem accipi, quàm in judiciis. Nam in contractibus bonæ fidei sufficere, si abest dolo, & fraus, & culpa. In judiciis autem bonæ fidei hoc non est satis: sed hoc amplius, refarciri debet etiam, si quod damnum, vel vitio rei, de qua contractum est, aliunde provenierit. Notari hoc quoque potest quod idem Massa d. tract. n. 12. prolixè refutat opinionem Baldi & aliorum existimantium de æquitate canonica omnes contractus, qui sunt in mundo, esse bonæ fidei: atque ita sublatam esse Iure canonico differentiam illam, quæ est Iure civili inter bonæ fidei & stricti juris contractus: quam sententiam vocat ibi insulsam & ineptam: & hæc causus est Bononiæ edere in Academia Papali. Nec minus vehementer pronunciat Anton. Faber, qui totus est Pontificius, Decad. 9. De erroribus pragmaticorum, Errore 1. Aut totam Iurisprudentiam perverti necesse esse, aut eandem differentiam, quæ olim fuit inter judicia bonæ fidei & stricti juris, adhuc hodie superesse.

Porro sicut longè plures sunt contractus nominati quàm innominati, sic etiam licet animadvertere multò majorem esse numerum contractuum, sicut & judiciorum, bonæ fidei, quàm stricti juris: ut apparet satis ex illa enumeratione, quam facit

facit Imp. in d. §. *Actionum. Inst. de actionib.* Nam quæcunque ibi non recensentur Actiones, illæ sunt stricti juris, ut omnes fatentur Interpretes, quæ certè ibi prætermittæ sunt perpaucæ.

Iam si quæras, de utro genere contractuum hæc lex nostra loquatur, an de bonæ fidei, an de stricti juris contractibus: in promptu est quod respondeam, nempe de Contractibus & Iudiciis bonæ fidei hîc agi, quod facîle intelliget is, qui per singula exempla hîc allata ire voluerit. Nullus enim hîc affertur contractus, qui non sit bonæ fidei. Deinde hoc idem confirmant etiam ipsa verba textus: *hoc enim* (inquit Ulpianus) *bonæ fidei iudicio contrarium est*: quasi dicat, Nos autem hîc agimus tantum de bonæ fidei contractibus. Eademque est observatio Antonii Contii in *commad. h. l.*

Est & hoc notandum: CONTRACTUS vocabulum in h. l. sumi latè, ut etiam quasi contractus complectatur. Id manifestum est ab exemplis quasi contractuum unà cum veris ac propriis contractibus hîc enumeratorum, ut sunt, Tutelæ, negotia gesta, rerum communio: de quibus explicatur in *tit. Inst. antepenult. lib. 3.* Similiter etiam Cajus utitur verbo contractus, ut & maleficii in l. 1. ff. de obligat. & action. ut sub illo etiam quasi contractus, sub hoc etiam quasi maleficia comprehendat.

Postremò notandum est, Contractui in Iure opponi Distractum: ut in §. *Is quoque Instituit. quib. mod. recontrah. oblig. & §. Item is cui. Instit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc.* juncta l. 5. §. *is quoque ff. de oblig. & act.* Facit eòdem & l. 80. prout. D. de solut. & l. 35. *Nihil tam naturale.* cum similibus, *infra h. r.* Is, inquam, qui indebitum per errorem sibi solutum accepit, videtur magis ex distractu, quàm ex contractu, obligatus esse, & debere: & qui solvit, in hoc potius dare videtur, ut distrahat, quàm ut contrahat negotium, *dd. locis. Instit.* Sic Transactio quoque rectius dicitur distractus, quàm contractus, cum præcipuè tendat ad liberandum: tamen si plerumque in ea simul remaneat vis obligandi, ut aliquid detur: quod admonet Berengarius Fernandinus loco *supra d. num. 2.* ubi etiam auctore Bartolò in l. 1. §. 1. ff. de pactu, Distractum ita dividit sicut contractum, ut aliud sit nominatus, aliud innominatus. Nominati distractus exempla sunt: Solutio, Acceptilatio, Novatio: de quibus explicatur *sub tit. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Innominatus contractus est, v. g. pactum de non petendo.

PROTHEORIÆ CAPVT QVARTVM.

DE D O L O.

D O L O. Osteaquam de contractu; (quod erat tertium caput ex propositis supra præmunitionibus) satis pro institutione dictum est: Sequitur quarto loco, ut dicamus de iis, quæ in contractibus & quasi contractibus veniunt præstanda, vel non: Enumerantur autem in hac leg. nostra

B 3,

ista

ista tria: *Dolus, Culpa, & Casus*. De his deinceps ordine & breviter explicabo, quæ videbuntur necessaria atque utilia ad hujus legis argumentum plenius intelligendum; imò etiam aliis multis locis Iuris civilis nonnihil lucis afferre poterunt.

Ad *Dolum* quod attinet, dicenda sunt initio pauca de nomine & origine ejus: tum de cognatis seu idem significantibus. Ad originem nominis quod attinet, etsi dolum à *deludendo* derivat Isidorus, & Petronius à *dolendo*, & Donatus à *ledendo*, item à *dolando*, (sic enim scribit Isidorus lib. 5. *Eymol. cap. 26. de criminibus in l. constitutus: Dolus est mentis calliditas: ab eo quod deludat, aliud enim agit, & aliud simulat.* Petronius aliter æstimat, dicens: quid est Iudicis dolus? nimirum, ubi aliquid factum est quod legi dolet. Donatus autem interpret Terentii ad Eunucho. Dolus, inquit, à ledendo dictus est, sive à dolando, id est, minuendo. Nam & *δολο* Græcis læsio dicitur, & dolones tela quadam bellica, & dolare fabri, lignum est, *ασία* cadere.) tamen simplicissima eademque verissima est sententia, Vocabulum esse non Latina, sed Græcæ originis: quod Donatus etiam videtur agnoscere. Sunt autem & alia vocabula, quæ idem significant cum dolo: v.g. apud Ciceronem cum dolo conjunguntur *machina, fallacia, prestigia*, lib. 3. de natura Deorum. Et idem in orat. pro domo sua: *Illud in primis, inquit, ne qua calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur.* Ex quo loco Ciceronis intelligimus, fraudem esse idem cum dolo, quæ duo conjunguntur etiam in veteri formula, quam refert Val. Probus in Notis: *D. M. F. V. C. I. D.* id est, *Doli mali fraude causa iudicium dabo*, quæ sunt verba ex Edicto Prætoris desumpta. Non probo igitur, quod Iacob Rævardus, eumque secutus Marcus Antonius del Rio inter fraudem & dolum sic distinguunt, ut per fraudem intelligatur lata culpa, quæ est dolo proxima, ut paulò post dicitur. Nec magis probo aliorum distinctiones: ut primò, cum aliqui putant, fraudem dici etiam si non adfuerit consilium & animus decipiendi; sed cum quis vel à seipso suaq; facilitate, vel ex eventu deceptus est & fraudatus. Huic enim sententiæ manifestè repugnant Papinianus in l. 79. *Fraudis interpretatio, infra h. tit. de Reg. juris.* & Iulianus in l. si quis cum haberet. digest. *Quæ in fraudem credit: juncto §. in fraudem, vers. prevaluisse. Insunt quib. ex caus. manum. non licet. & l. 7. ff. Qui & a quib. man. lib. non sunt.* ubi nihil aliud est consilium fraudulentum, quàm dolus, quod consilium fraudis Imp. Alexand. videat in l. 1. Cod. qui manumitt. non possunt. Secundò, quod alii putant dolum spectari in factis; fraudem in verbis: quæ de re videatur Alciatus de verborum significationibus. Sed hæc quoque distinctio est commentitia. Tertiò, quòd dolum volunt fieri clam, fraudem verò palam. Nam imò etiam fraus æquè fit clam & per insidias, atque dolus: idque sensit & Cicero, cum in primo de officiis fraudem ait esse vulpeculæ, & odio dignam majore, quàm vim, quæ sit leonis, bestię scilicet generosioris, & quæ nihil insidiosè occultare novit: Et fraus inest dolo, ut ait Vlp. in l. 7. §. sed si fraudandi. ff. de pactis. Repudiatis itaque hujusmodi ficulneis distinctionibus pro eodem habeamus dolum & fraudem. Quam fraudem idem Vlpianus & ipsam noxiam dici scribit: & quasi quandam præparationem pænæ esse ait, in l. aliud est fraus. ff. de verbor. signif. Sic ab eodem Vlpiano in l. 7. §. dolo malo. ff. de pactis, conjungitur *dolus malus, calliditas, & fallacia*: & apud eundem pro eodem accipiuntur *dolus,*
cal-

calliditas, fallacia, & machinatio, in l. 1. digest. de dolo malo. Et alibi cum dolo m al conjungit idem Vlpianus & pro eodem habet, *nequitiam*: ut in l. 23. Cum autem §. *exspiratur, digest. de Edictio edicto.* ubi explicat quid sit, *fraudem capitalem* admittere: & addit: *Vetetes fraudem* pro panna solitos ponere: quod videre licet in his formulis; ut cum dicunt sine fraude in lus vocare, l. 8. *Qui accusare, ff. de Accus. l. 32. Nec magistratib. digest. de injuriis. l. 26. sed et si. §. ait prator. ff. Ex quib. causis majores.* Item pecuniam sine fraude sua capere, l. 1. in pr. ff. ad Falcid. Quod etiam est apud Valent. Probum in *Necus antiquis litera* S. ibi: S. F. S. b. e. sine fraude sua. In quibus omnibus locutionibus agnoscere licet tropum Metonymiae. Ponitur enim nobis nomen causae pro effectu, live nomen antecedentis pro consequente. Sic *dolosam mentem & absconditam machinationem* pro eodem habet Imp. in leg. ultim. vers. *justam est. C. de litigiosis.* Sic cum dolo malo idem valet quod *mala fides*. Nam cum dolus contrarius sit bonae fidei, ut ait l. 5. *Cod. de resc. vendit.* & bonae fidei opponatur mala fides, l. *certum est. 22. C. de rei vindic.* & §. *si quis à non domino. Instit. de rerum divisione. juncto §. & si in rem. Instit. de officio judicis, aliisq. locis juris plurimis:* manifestum est, etiam malam fidem, (quae alibi dicitur perfidia, ut in leg. penult. *Cod. de positi.* & interdum *malitia*, ut in l. 1. in pr. ff. de dolo malo. l. 31. *bona fides. ff. de positi.* & l. 38. in fundo. ff. de de rei vindication. & mala malitia apud Plautum in *Aulularia*) cum dolo esse eandem. Atque haec de plerisque vocabulis æquipollentibus dolo: de quibus plura videri possunt in Lexicis. Sicut autem alia in Iure pariter, & Latina ac Graeca lingua sunt vocabula mediet significationis, quae Graeci vocant μέσος, Latini media (v. g. Venenum, pharmacum, & medicamentum, aliud bonum est, aliud malum. l. 136. *qui venenum. ff. de verb. sign. juncta. l. quod saepe 35. §. veneni mali. digest. de contrahenda emptione. & l. 3. §. 1. & 2. ff. ad Cornel. de sicaris.* Item, Libido, alia est bona, alia mala; ut apud Salustium in epistola ad Caesar. de rep. ordinanda: *Quod si tibi bona libido fuerit patriae, parentibus gratificandi, &c.*) Sic etiam Doli appellatio ex hoc genere est. Notavit hoc praeter Vlpianum in l. 1. §. *Non fuit. digest. de dolo malo,* etiam Sex. Pompejus Festus. Vtriusque auctoris verba inter se conferemus. Vlpianus sic ait: *Non fuit contentus Prator, dolum dicere, sed adiecit malum: quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant; & pro solertia hoc nomen accipiebant: maxime si adversus hostem latronemve quis machinatur.* Festus autem, live magis abbreviator ejus Paulus Diaconus sic scribit: *Doli vocabulo nunc tantum in malis utimur: apud Antiquos autem etiam in bonis rebus utebantur: unde adhuc dicimus: sine dolo malo, nimirum, quia solebat dici & bonus.* Notandum autem, quotiescunque absolute & sine adiectione aliqua positum legimus dolum, intelligi debere dolum malum: ut aliquoties in hac ipsa lege, & aliis locis infinitis, quod & Delrio annotavit cap. 1. num. 2. Porro de dolo bono insignis est locus apud Chrysostomum libr. 1. de Sacerdotio: ubi sic ait: *Fraus ipsa non semper incommoda est, sed pro eorum qui eam adhibent, animo atque consilio, bona malaeque rei nomen sortitur.* Idemque Chrysostomus homil. 6. in 2. capis. epistola ad Coloss. ait: Paulum ibi non frustra dicere inanem deceptionem, quia sit etiam quaedam bona deceptio & fraus, qua multi fuerint decepti in bonum, quaeque non sit fraus appellanda. Adducit deinde locum ex Hieremia cap. 20. ubi Pro-

phe-

pheta ad Deum: *Decepisti me*, inquit, Domine, & *deceptus sum*. Allegat quoque exemplum Iacobi decipientis patrem Isaacum, *Gen. 27.* Sic Basilii Magni etiam in *Exposit. Proverb. Salom.* Scribit esse quandam vasfriciem bonam & laudabilem. (ἐν αὐτῇ τινὰ καλὴν καὶ ἐπαρετήν πανεργίαν.) Et Æschylus, fraudem quandam agnoscit justam, cui ne Deum quidem denegare auxilium suum testatur, *Απάτης δικίας καὶ ἐπορευτῆς θεός*: quæ *fraus justa* nihil aliud est, quàm *dolus bonus*, de quo hic agimus, quem & Quintus sive Cointus Smyrnaeus in *Paralipomenis Homericis* aliquoties vocavit *δίκον ἐθλόν*.

Prius verò quàm pergamus ad definitionem doli mali quæ extat in *l. 1. §. 2. ff. de dolo malo*, & in *l. 7. §. dolo malo. ff. de pactis*: operæ pretium me facturum, & auditores jucunda quadam varietate recreaturum confido, si illustria quædam doli boni exempla recensuero ex optimis probatissimisque scriptoribus. Nihil autem hic dicam de stratagematis, ad quæ allusit Ulpianus in *d. l. 1. §. 3. Non fuit. ff. de dolo malo*, cum ait, *si adversus hostem quis machinetur*. Huiusmodi enim stratagematis pleni sunt & Historicorum libri, & ex professo de iisdem scripserunt totos libros, ex Latinis quidem Iulius Frontinus, ex Græcis Polyænus. Nuperri-
mè quoque Elias Reusnerus Professor Ienensis integrum de hoc argumento volumen emisit. Non attingam hîc nobilem illam quæstionem, quam Interpretes movent occasione verborum in *textu d. l. 1.* Utrum hosti aut latroni datam fidem servare oporteat: de qua post veterum Interpretum disputationes videri potest Franc. Hotoman. in *illustrib. quæstionib.* Cui & illa quæstio est vicina: an Hæretico data fides servanda sit: de qua alibi tractavi. Porro inter exempla doli boni, meritò primum sibi locum vendicant, illa quæ in sacris bibliis extant. Tale est in historia Abrahami, quod semel atque iterum Patriarcha illi uxorem Saram finxit esse sororem suam, metu periculi, & quo magis consuleret salutem suam inter Barbaros, ut notum est ex *Gen. cap. 12. vers. 13. & 19. & cap. 20. v. 2. 5.* Quod patris exemplum postea imitatus est & filius Isaac in uxore sua Rebecca, *Gen. 26. v. 7.* Sic idem Abrahamus Dei iussu mactaturus unicum filium, aliud præ se tulit, nempe se pecudem aliquam pro victima immolaturum Deo, *Gen. 22. v. 8.* Sic dolus bonus fuit solertia illa Iacobi, qui de consilio matris circumvenit patrem Isaacum præ senectute jam cæcutientem, ab eoque astu impetravit benedictionem debitam primogenito filio, atque ita defraudavit fratrem Esau. *Gen. 27.* Tametsi is, ut homo profanus, jam antea iura primogenituræ fratri natu minori vendiderat pro pulmento, ut scriptum legimus *Gen. 25. v. 31. & seqq.* Quod eius factum graviter reprehendit Paulus *ad Hebr. cap. 12. v. 16. & seqq.* Deque eadem venditione quod per pœnitentiam venditoris revocari non potuerit, valdè eruditè & Iuri Civili convenienter disputat S. Isidorus *lib. 4. epist. 26.* Aliud exemplum doli boni præbet illa Iacobi industria, quam adhibuit in procuranda conceptione agnorum diversi coloris & maculosorum, ut præ socero suo iniquo homine copiosis gregibus locupletaretur. *Gen. 30. v. 37. & seqq.* Rursum aliud exemplum est in uxore Iacobi Rachele, quæ in disceptu à patre suo Labane idola ejus furata mirifico astu abscondit, ejusque insidens nec patri illa quærenti allurgens finxit, menstruum pati fluxum, atque hæc astutè sollicitudinem quærentis delusit. *Genes. 31. vers. 34. & seqq.*
Aliud

Aliud exemplum est in historia Iosephi *Genes. 44.* ubi Iosephus olim à fratribus venditus, jam verò in summa dignitate, & quidem Regiæ proxima constitutus, quò magis anxios redderet fratres, qui ad frumentum emendum in Ægyptum venerant, eosque in se descendere, suaque scelera agnoscere cogeret; hunc excogitavit dolum bonum, ut scyphum suum argenteum juberet in saccum fratris natu minimi in summo includere, quo in inquisitione penes ipsum deprehenso furti arguere fratrem, ac pro servo secum retinere posset. Aliud celeberrimum exemplum doli boni extat *Exodi 12. v. 35. & seq.* in Iacobi posteris Israëlitis, quo adversus Ægyptios usi sunt jam jam ex ipsorum regione iussu Dei emigraturi. Nam vasa pretiosa aurea & argentea, nec non vestimenta quasi commodato ab ipsis sumplerunt, & secum asportarunt: idq; Deo ipso probante & prædicante, & gratiam quoque ipsis largiente apud Ægyptios, *Exodi 3. v. penult. & ult.* item *Exodi cap. 11. v. 2. & 3.* Cum alioquin ita essent detestabiles & exosi Ægyptiis Hebræi, ut cibum unà capere nefas haberent, *Gen. 43. v. 32. & cap. 46. v. ult.* De illius verò facti iustitia & æquitate multa multi Sanctorum Patrum disputarunt, idque à furti crimine defendere laborarunt: ut videre licet apud Tertullianum *libr. 2. adversus Marcionem cap. 20.* & apud Augustinum *in Question. in Exod. quest. 39.* & apud Theodoretum *quest. 23. in Exodum.* item apud Isidorum Pelusiotam *lib. 1. epist. 196. & libr. 4. epistol. 87.* Plerique autem in eo conveniunt; quòd, quia Ægyptii Hebræos diu presserant laboribus durissimis, nullà pro eis mercede persolutà, æquissimum fuerit, ut hac ratione loco mercedis, & pro compensatione laborum, secum auferrent ipsorum res pretiosas à Deo ipso sibi addictas. Sed hoc obiter. Ad alia pergamus doli boni exempla. Talis etiam videri potest in historia sacra populi Iudaici illa calliditas, qua usi sunt Gabaonitæ, *Iosua cap. 9.* qui cum essent devoti, & destinati exitio atque internecioni, Iosua fraude circumvenerunt, ab eoque pacem impetrarunt; simulantes, se ex longinquis regionibus advenisse oratum pacem, & ut sibi parceretur; cum tamen in media palæstina habitarent. Sic historia Davidis aliud exemplum doli boni præbet, ubi Ionathas fidelissimum amicum insidiis & violentiæ patris Saulis ereptum dolo quodam bono præmonet de cavendo vitæ periculo, ut describitur *latè 1. Reg. cap. 20.* Rursum aliud exemplum doli boni præbet idem David, quando in exilio suo ad Regem Achis diverterat, & simulata infania insidias declinavit, quas sibi à barbari Regis aulicis strui animadverterat, *1. Reg. cap. 21.* Sic & Nathan Propheta dolo bono aggressus est Regem Davidem, proposito ipsi apologo de unica ove pauperis, erepta ei per divitem *ἡ δὲ οὐμνῶν*, quo nimirum facilius adduceret Regem ad confessionem proprii criminis, & feram pœnitentiam. Atque hæc sufficiant de exemplis, quæ ex sacris literis sunt de prompta.

Addamus & alia pauca aliunde desumpta. In primis verò nobile est doli boni exemplum in medicis, quorum solertiam in propinandis amaris pharmacis lepidissimè describit Lucretius *libr. 1. de Natur. Rerum*, ubi ait, se quoque illos imitari, dum sicut medici amara, & ingrati saporis pocula dulci liquore exterius tincta propinant ægrotis, maximeq; pueris: ita ipse tristia & severa atque obscura philosophiæ dogmata dulcedine & perspicuitate suorum carminum hominibus com-

C

menda-

mendare & instillare conatur, qui aliàs propter nimiam austeritatem ab illis facilè abhorre & resilire potuissent: Versus aurei hi sunt:

*Sed veluti pueris absinthia tetra medentes
Cum dare conantur, prius oras pocula circum
Contingunt mellis dulci flavoq. liquore:
Ut puerorum atas improvida ludificetur
Laborum tenuis interea perpotet amarum
Absinthij laticem; deceptaq. non capiatur,
Sed potius tali facto recreata valeat:
Sic ego. &c.*

Quibus quidem versibus tantoperè ipse sibi placuit, eosque tam claros habuit, ut eosdem etiam repetiverit in *proæmio lib. 4.* Nec immerito. Oportet enim bis tervè id quod pulchrum est, ut habet proverbium, repetere. Sic eadem comparatione alii quoque luculenti Scriptores usi sunt. Nam & Lactantius eloquentissimus auctor *lib. 5. cap. 1.* ait: *Circumlinatur modò poculum cælesti melle sapientia, ut possint ab imprudentibus amara remedia sine offensione potari, dum illiciens prima dulcedo acerbiter saporis asperi sub prætextu suavitatis occultat.* Sic Vinc. Lirinensis, qui commonitorium scripsit elegantissimum adversus hæreses *cap. 35.* faciunt, inquit, quod hi solent, qui parvulis austera quadam temperaturi pocula, prius oram melle circumlinunt, ut incauta atas, cum dulcedinem præsenferit, amaritudinem non reformidet. Sic & Simplicius commentario doctissimo in *Enchiridion Epicteti* pagin. 88. Editionis Venetæ; *Quemadmodum, inquit, Medici amara pharmaca sæpè melle inungunt, &c.* Sic Plutarchus elegantissimè eadem comparatione est usus propè finem *lib. de educ. liber.* *Quemadmodum, inquit, Medici amara medicamenta dulcibus succis ac liquoribus permiscentes delectationem invenerunt pro vehiculo sanitatis: sic parentes oportet suarum objurgationum & castigationum severitatem mansuetudine temperare.* Chrysostomus quoque remittit nos ad medicorum officinas, & ab illis plura doli boni exempla petere jubet, *lib. 1. de sacerdotibus.* Ex quo non erit abs re quædam hîc subicere: Quod conveniat astu uti etiam adversus amicissimos quosque, & non solum adversus hostes: quodque id conducat non modò circumvenientibus, sed etiam circumventis: ad unum aliquem ex medicis profectus sciscitare, quo pacto illi morbo aliquo laborantes liberare soleant: Certè ex iis audies, non satis esse nudam & meram artem, sed aliquoties eos uti impostura, cujus auxilio cum arte medica conjuncto agrotantium pristina restituant sanitati. Dùm enim hinc morositas agrotantium, hinc difficultas morbi, medicorum consilium adversatur: tum illi coguntur fraudi atque imposturæ personam induere, ut quod in scena fieri solet, ubi plurimum loci est omnibus fictis & adumbratis, occultare possint rerum & factorum veritatem. Affert deinde memorabile exemplum talis fallaciæ febricitanti structæ à medicis, dignum profectò quod à nobis quoque hîc recitetur. Aliquando febris subitanea hominem corripuit magno cum impetu & flamma attollebatur. Æger autem illa quidem:

dem quibus extinguere posset febrilis ardor adversabatur, contra vero appetebat talia qua exitium ipsi asserere potuissent: & omnes ad se ingressos observabat, ut merum copiosum sibi praeberent, quo sitim expleret. Verum si quis morem gessisset perniciosae ipsius cupiditati, non solum magis magisque accendisset febrem, verum etiam ad insaniam ipsum redegeret. Hic igitur quid faciendum fuit? Cum ars medica deficeret, nec ullam inveniret rationem salutis, sed penitus de suo loco deturbata esset, in locum ejus succedens fraus, vim suam ad aegri sanitatem conferens declaravit, Medicus enim recens vas testaceum ex sigulina arreptum, cum etiam nunc caleret à camino demersit in vinum indeque mox retractum, sed inane, implevit aqua. Tum ne forte dolus, quem meditabatur ad aegri salutem, lumine patefieret, curabat conclave illud, in quo ager decumbebat, multis appensis velis obscurari: sic deinde vas aqua repletum, & tamen interea redolens vinum, quo recens testa fuerat imbuta, aegro porrexit educendum. At ille etiam antequam manu vas contingeret odore vini afflatus nihil amplius inquirens de genere potus sibi porrecti, qualis esset, mox odorì soli fidem habuit, & simul tenebris circumventus, ac vehementia cupiditatis impulsus, inque fraudem illectus, magnam alacritate aquam ex vase porrecto hausit: atque ita impletus, non modo sitim intolerabilem restinxit, sed etiam aestum febrilem depulit, ac vita periculum sibi impendens evasit. Tantum ei lucrum attulit ista fraudis deceptio, & plus arte doctam valuit. Haec ibi Chrysostomus de medici dolo bono & salutari. Idem Chrysostomus lib. 1. adversus Iudaeos non absimilem habet locum, ubi ipsius Dei institutum in gente Iudaica confert cum facto medici in curando aegroti: Deus, inquit Chrysostomus, dum sacrificia permittit populo Iudaico, morem gessit infirmitati ejus, quod viderit proclives ad cultum Idolorum, & per Idololatriam perituros, nisi ipsis indulgeret, victimarum immolationem. Nec diu post tamen ipsum locum, in quo uno omnem sui cultum peragi voluit (intellige urbem Hierosolimam) confregit atque evertit, ne amplius sacrificia celebrare posset. Non aliter solet medicus, qui videns hominem febricitantem morosum, sibi que minime temperantem, si aquam frigidam bibere concupiscat, periturum nisi accipiat, planeque futurum, ut vel ad laqueum confugiat, vel seipsum è sublimi det precipitem: permittit ei id in quo minus est mali, studio declinandi alterius majoris ac praesentanei mali: videlicet hoc agens, ut à violenta morte ipsum revocet. Deinde posteaquam indulgit appetitui laborantis, mox è suis adibus allata phiala praecipit, ut ex nullo alio poculo aquam bibat, nisi perire velit. Sic persuaso aegroti ut in animum inducat medico morem gerere, clanculum mandat astantibus & ministrantibus, ut illam phialam medici, ex qua sola agrum bibere ex praescripto medici oportebat, quasi per negligentiam seu casu confringant. Ita fit, ut aeger de dolo nihil suspicans, ab illa sibi noxia futura cupiditate aquam frigidam bibendi abstrahatur. Haec de medicorum dolo bono: cujus generis multò plura exemplo proferri poterant: praetertim in Melancolicis morbis curandis usurpata, se ea petere licet, ex observationibus Schenckii medici Friburgensis, & aliorum, sanè mirificis & saepe ridiculis. Adjungamus his etiam matrum & nutricum solertiam: quae cum infantes jam paulò firmiores ab lactari & solidiori cibo assuefacere meditantur, quò faciliùs ipsos lacte depellant, hac utuntur arte & fallacia, ut pa-

pillas succis amaris illinant. Sic enim infantes dum ab illâ amaritie abhorrent, simul etiam lactis suctionem omittant ac repudiant: & paulatim pristinae sibi quæ gratissimæ consuetudinis obliviscuntur. De hac re item pulcherrimus est locus apud Chrysostomum *homilia 17. in Matthæum*, Vbi prolixè per inductionem docet, non omnia omnibus vel temporibus, vel hominibus convenire, & apta esse. *Mammilla*, inquit, *nutricis*, cum omne suam impleverit officium, & puerum ad mensuram firmitatis adduxerit inutilis videtur: & parentes, qui prius necessariam filio suo esse judicabant postea mille eam irrisoribus prosequuntur: plerique autem eam non solum verbis horribilem faciunt: sed etiam amaris quibusdam herbarum succis oblinunt: ut cum sermone nequiverint importunum jam circa illam pueri desiderium compescere, ipsi saltem rebus illud extinguant.

Non debui superius omittere exemplum doli boni, quod illustre extat in historia Salomonis, *lib. 3. Reg. cap. 3*. Vbi sapientissimus Regum in iudicio inter duas feminas de suis infantibus contendentes, quorum alter noctu oppressus erat superstitite altero, ut indagaret utra earum esset mater superstitis, finxit se velle jubere infantem superstitem gladio dissicari medium, & inter ambas partiiri, quoniam aliter veritas patefieri non possit: quo facto manifesta elicit indicia *scilicet quædam* maternæ: unde collegit quænam esset mater viventis, quod exemplum tantò libentius addo superioribus: quia & Acursius illud affert ad *l. 1. ff. de dolo malo*, in verbo: *servat*: ubi alia quoque plura doli boni exempla annotavit.

Sed jam tempus est à dolo bono transire ad dolum malum, qui etiam (ut supra admonui) toties intelligi debet, quoties absolutè dolum nominatur, quod & Antonius Faber annotavit in *Rationalibus Pandectarum ad dict. l. 1. §. non fuit. ff. de dolo malo*. Quod igitur attinet ad Doli mali DEFINITIONEM, sicuti aliarum rerum sæpè fuit dissensio inter veteres Ictos, propter naturalem scilicet hominum ad dissentendum facilitatem, quæ dicitur in *l. 17. Item si unus §. principaliter. ff. de receptis arbitris*. Ita hîc quoque dissenserunt circa definitionem doli mali: quam non unam neque eandem omnes aut tradiderunt aut probârunt. Cajus Aquilius Gallus collega & familiaris Ciceronis, qui primus formulas de dolo malo invenit & protulit, interrogatus quid esset dolum malus, respondit, cum aliud esset simulatum, aliud actum, ut testatur Cic. in *3. de offic. & lib. 3. de Nat. Deor.* ubi iudicium de dolo elegantissimè appellat *everriculum omnium malitiarum*. Quodque Aquilius hanc voluerit esse definitionem apparet, vel ex iis verbis Ciceronis quæ in *d. loco off.* subjicit: *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est.* Et mox: *Dolum autem malum simulatione & dissimulatione, ut ait Aquilius, continetur.* Hanc definitionem, sicut discimus ex *l. 1. §. 2. digest. de dolo malo*, amplexus est etiam Servius Sulpitius, qui & ipse summus fuit amicus Ciceronis, ut notum est tam ex *epistolis*, quàm ex *Philippica 9.* Sed addidit Servius nonnulla verba, sic enim ait: *Dolum malum esse machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, & aliud agitur.* Possumus autem dicere, illa verba quæ addidit Servius, nequaquam voluisse Aquilium excludere: sed potius modis omnibus subintelligi & præsupponi: idcirco autem ea non expressè posuisse, quod satis obvia cujuslibet intellectui ea esse viderentur, simulatque audierit quis dolum

dolum malum nominari. Nam qui dolum malum committit, is non facit aliquid quod alteri prodest, sed magis ut ei incommodet, ac noceat, sua deceptione, & machinatione. Argumentum est, quod & Paulus (quod tamen non facile quisquam ex Ictis accuratior esse solet) lib. i. sent. tit. 8. non aliter definit quàm Aquilius. *Dolus malus*, inquit, est, cum aliud agitur, aliud simulatur. Et S. Augustinus eandem retinuit in hoc insigni loco, quem subijciam ex ipsius tract. 7. in Iohannem: *Dolus fraus est, simulatio est. Quando aliquis aliud in corde regit, & aliud loquitur, dolus est: & tanquam duo corda habet: & omnis qui verba Latina intelligit, scit quia dolus est cum aliud agitur, & aliud fingitur.* Valde quoque huc facit locus Basilii Magni, qui in Asceticis distinguens inter *dolum* & *zeloibetum*, id est, *malignitatem indolis*; ait hanc quidem esse primam illam & reconditam atque occultam ingenii perversitatem: (Sallustius vocat *ingenium malum pravamque*) illum verò, quando insita illa & interior malitia foras prorumpens sese exlerit ad struendas alteri insidias: dum quis prae se fert figuram ac speciem alicujus boni: idque velut escam sive illecebram alteri obijciens, eo ipso interim suas insidias peragit. Cum definitione Servii ferè congruit illa Sexti Pedij in l. 7. §. dolo malo. ff. de pactis. *Dolus malus*, inquit, fit *calliditate & fallacia*, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur, & aliud agi simulatur. Neque verò ullum mihi dubium est, quin omnes illi, qui in definitione doli posuerunt *simulationem* & *disimulationem*; habuerint ante oculos insignem Homeri locum, quo quidam detestatur, & abominatur omnes eos, quicumque loquuntur ore aliud, tacitoque aliud sub pectore condunt, eos inquam in minore odio, quàm ipsas Orei portas se prosequi profitetur.

Has tamen definitiones reprehendisse scribitur Labeo: & ipse dolum malum aliter definivisse: nempe quod sit *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumven- tiendum, fallendum, & decipiendum alterum adhibita*. Etsi autem fortassis in hac quoque Labeonis definitione (quam non video quo argumento quidam abjudicare contentur Labeoni, & ascribere Triboniano) non minùs multa, si quis argutari vellet, aut nodum in scirpo (quod dicitur) quærere, reprehendi & carpi possent; quàm in definitione Aquiliana & Serviana (usque aded periculosa plenum opus alex est, rectè & commodè definire. arg. l. omnis definitio. infra h. r. & ibi Dd. vulgò: vel etiam ubi probè definieris, ab omnibus probè intelligi, & malignitatis atque calumniae dentes effugere) tamen nunc illam retinebimus pro bona & perfecta, breviterque examinabimus.

Cum autem omnis definitio debeat constare ex genere & differentia, cumque suo definito converti seu reciprocari: in hac definitione loco generis tria ista ponuntur: *calliditas, fallacia, machinatio*: quæ verba tamen aliquando pro æquipollentibus usurpata reperiuntur, tamen ne quis fortè existimet, tautologiam vel redundantiam quandam inanem, otiosam atque odiosam à Labeone commissam esse præstat inter ea distinguere, sicut etiam Accursius ipse distinguit in gl. d. l. de dolo malo, nempe ut *calliditas* consistat in animo, & tacendo committatur: *fallacia* fiat mentiundo, & in verbis consistit: *machinatio* denique in factis posita sit.

Non enim probo quod Accursius scribit machinationem esse eam, quæ fiat arte verborum. Nam hac ratione nihil differret machinatio à fallacia, quæ & ipsa fit verbis, ut sup. dict. est.

Sequentia verba habent rationem differentia, & significant causam finalem [ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.] Nisi enim is qui quid agit callide & fallaciter, quique aliquid machinatur, hunc sibi propositum habeat finem ac scopum, ut alium lædat (sive hoc fiat circumveniendo, sive fallendo, sive decipiendo.) propriè loquendo non erit dolus. Nam etsi res ipsa quoque interdum in se habet dolum l. 36. si quis cum aliter. ff. de verb. obl. tamen is est potius dolus ex eventu, quam ex proposito; atque ita impropiè dicitur dolus. Moneo autem Accursius in verbo, *Circumveniendum*, singula horum verborum singulis præcedentibus esse reddenda: ubi hoc vult, verbum *circumvenire* respondere *calliditati*: *fallere* respondere *fallacia*: *decipere*, *machinationi*. Non frustra etiam additur [alterum] quia videlicet si quis hoc agat ut se ipsum fallat aut decipiat (quod quidem longè facillimum esset Demosthenes & Cæsar: quod enim volumus, hoc libenter etiam credimus, nobisque persuaademus id non aliter se habere, tametsi plerumque res longè aliter sit comparata.) non propriè est dicendus dolus. Nam neque injuria propriè est adversus semetipsum, sed adversus alterum, sicut & jus & iustitia. Hinc qui se ipsum decipit, neminem alium habet de quo jure conqueri possit, aut, qui hoc nomine ipsi sit obnoxius: Sed is tantum qui ab altero est circumventus, de dolo actionem adversus eum habet.

Illud non insubtiliter animadvertit Giphanius in comm. ad d. l. 1. ff. de dolo malo, Servium in sua definitione aliam spectasse notionem Doli; & Labeonem aliam in sua ante oculos habuisse. Serviana doli notio, & quidem propria, hæc est: qua dolus significat calliditatem quandam conjunctam cum studio occultandi: altera verò notio est qua dolus idem valet, quod proæresis, sive propositum animi & consilium malignum: ac passim locorum in jure opponitur imprudentia, errori, imperitiæ, rusticitati, item casui fortuito vel etiam lusu & joco.

Plura de diversis illis definitionibus, videri possunt apud Giphanium, ut & apud Franc. Hotomannum in Comm. ad orat. Cicer. pro Cæcina & lib. 1. observat. cap. 20. & lib. 4. cap. 4. Item apud Duarenium, & Cujacium lib. 3. obs. & in comment. ad tit. ff. de dolo malo. Qui etiam in paratit. ff. sic definit: *dolus malus*, inquit, *est ratio vafra decipiens alium alio nomine vacans.*

De cæteris hujus definitionis membris nihil dicam, quia satis intelliguntur ex superioribus: Tantum restat ut videamus quare extremam illam clausulam adiecerit. Quod ipsum duabus potissimum de causis fecisse arbitror. Prima est, quia de dolo actio non datur, quotiescunque res alià vel actione vel exceptione servari potest d. l. 1. §. ait. prator. ff. de dolo malo. v. g. Si dolus malus intervenerit in emptione, in locatione, in societate, & aliis hujus modi contractibus, non datur actio de dolo. Cur ita? Quia sufficit illa actio, quæ ex eo ipso contractu competit v. g. Actio empti venditi, locati conducti, societatis, &c. Cum igitur per talem actionem, quæ non est famosa, possit corrigi id quod dolo factum est; non est necesse, ut ad hanc odiosam & famosam actionem recurratur. Patendum enim

enim duxerunt leges famæ hominis, quantum omnino fieri possit: cum fama & vita hominis æquiparentur, & (ut ajunt) pari passu ambulent: ac semel amissa non possint revocari. Altera causa est, quia omnia delicta & crimina committuntur quidem non absque dolo: (nam si factum dolo vacet, non erit ferè delictum aut crimen) veruntamen illorum pleraque habent suum peculiare ac proprium nomen: v.g. aliud dicitur furtum: aliud rapina, seu vis: aliud injuria: aliud damnum: aliud homicidium: aliud adulterium: aliud explicatio hereditatis: aliud violatio sepulcri: aliud perjurium: aliud falsum: aliud perduellio, seu crimen læsæ Majestatis: aliud blasphemia: aliud sacrilegium: aliud magia, item sacrilegium: aliud simonia: aliud hæresis: & quis omnia maleficia enumerare possit? quorum nullum est quod non in se contineat dolum: sed non propterea dicitur dolus malus, aut actionem de dolo parit. Vel si nomen speciale sive titulum criminis non habeant, (ut quædam sunt) ad stellionatus crimen velut ad locum communem quendam referuntur. l. 3. §. 1. ff. de crimine stellionatus, ubi eleganter Ulpianus ait: *quod in privatis judiciis est de dolo actio: hoc in criminibus, stellionatus persecutio*: Quæ verba ex jam dictis satis intelliguntur. Atque ex hoc ipso loco videtur Cujacius sumpsisse illam definitionis suæ particulam, quæ pertinet ad differentiam constituendam.

Sed ei, quod supra ex Cicerone diximus Aquilium primum invenisse formulas de dolo; ob stare videtur, quod multò ante natum Aquilium dolus etiam legibus antiquissimis fuerit vindicatus: v. g. Lege XII. Tabularum, Lege Latoria. Deinde & judiciis bonæ fidei: ut ipse testatur Cicero lib. 3. de offic. Quorsum ergo (inquit quispiam) opus fuit novis formulis ab Aquilio adinventis: quandoquidem aliæ LL. itemque judicia bonæ fidei dolum satis vindicabant? an non igitur supervacua hæc fuit diligentia Aquilii, novum quoddam everriculum malitiarum excogitantis? Respondeo non omnis dolus illis quas diximus legibus aut judiciis vindicabatur, vel emendabatur: sed tantum paucae doli species. v. g. per legem XII. Tabularum dolus in tutela admissus: Deinde per Legem Latoriam coerceretur tantum circumscriptio adolescentum, quæ hodie per Edictum Prætoris de Restitutione minorum 25. annis corrigitur. toto tit. ff. & Cod. de Minor. 25. annis. Denique per judicia bonæ fidei is tantum dolus emendatur, qui in contractibus bonæ fidei, ex quibus illæ actiones nascuntur, adhibitus fuit. Quia verò dolus est multiplex, & longè latius patet, eumque corrigi & coerceri non minus interest Reipublicæ: Idcirco Aquilius viam ac rationem invenit laxiorem, qua id fieri posset novis excogitatis & traditis formulis de dolo malo: hoc est, non solum propria quadam formula, quæ appellatur *Actio de dolo*: (sæpè enim formulæ significant ipsas actiones: ut formula hypothecaria, ad quam scripsit Marcianus Ict. nihil aliud est, quàm *Actio hypothecaria*.) verum etiam stipulatione seu cautione doli mali: v. g. *dolum malum abesse, absuturum esse*: quod Græcis est ἀνὰ δόλῳ καὶ ἀπάτης: Germanis, ohn arge list vnd gesehrde. De qua fit mentio in Institut. tit. de divis. stipulat. & in l. 38. stipulatio ista. §. si quis dolum. l. 53. stipulationes l. 119. doli clausula, & l. 121. Ex ea parte. in princ. ff. de verbor. oblig. Item in l. 69. Hæc verba digest. de verb. signif. Non dubito quoque quin etiam exceptionem doli mali, ejusque formulas,

mulas, invenerit idem Aquilius: de qua videatur *titul. digest. de doli mali & metus exceptione*.

Satis hucusque dictum & de definitione doli mali & de origine, sive de auctore formularum doli mali. Proximum esse videtur, ut cognoscamus num quæ sint DIVISIONES. Et quidem primo à IC. dolus ita distinguitur; ut alius sit *præteritus*, alius *futurus*: Quorum de priore licita sit pactio, qua ille remittatur, ne scilicet de illo agi possit: De altero non liceat pacisci. Cujus differentia ratio est, quia istud pactum, de dolo futuro ne quis teneatur, invitaret homines ad delinquendum; atque ita esset contra bonos mores: alterum verò quo alicui sit gratia doli præteriti, non item. Factum enim non potest fieri infectum. *l. 5. Illud convenire. ff. de pactis doli. l. 27. si unus. §. Illud. ff. de pactis cum similibus*. Sed hac de re plenius agetur infra, quando ipsam Regulam nostram per suas Enunciationes distributam evolvemus. Nunc enim præludia tantum tradimus.

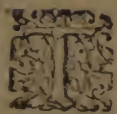
Deindè Interpretes vulgò dolum faciunt alium *verum*, alium *presumptum*. Bartolus in *l. Quod Nerva. ff. de positi*. Paulus Castrensis ad *l. 6. Dolum. Cod. de dolo malo*. Parisius Card. *consil. 49. n. 30. & duobus seqq. volum. 1. Dolum prescriptum* vocant, quem Lex & Ius ipsum præsumit intervenisse in aliquo actu, puta, dum quis non observavit formam à lege præscriptam: item cum quis enormissimè est læsus &c. Et hunc dolum præsumptum alia probatione non indigere: ut docet Parisius *Consil. 100. n. 68. volum. 2. Dolum verum*, sive realiter commissum, vocant eum qui apparet & probatur ex indiciis & conjecturis *l. 6. C. de dolo malo*. ubi pro eo quod vulgò legitur [*ex indicibus*] Cujacius *lib. 11. obs. cap. 11*. putat restituendum esse [*ex insidiis*] Hanc tamen vulgarem Dd. divisionem doli mali quidam repudiant, ut Ioh. Oldendorpius in *præfat. ad classes actionum, tit. de dolo*: ut magis obscuram quàm utilem esse hanc distinctionem de dolo vero & præsumpto: nihilque nisi excusationem fraudis suppeditare. Videatur etiam Pard. Prææus in *Lexic. iur. in verbis: dolum malus*: ubi ait: & omnem calliditatem contra Ius adhibitam ad alterum decipiendum, verè esse dolum malum: & omnem dolum malum esse etiam præsumptum: quia non possit probari, nisi indiciis & præsumptione: quamvis dolum præsumptum vulgò putent non indigere alia probatione: ut est apud Parisium *Conf. 100. num. 68. vol. 1*. Sed ICTi. veteres promiscuè his verbis uti solent: *dolum esse, vel dolo facere, & videri aliquem dolo fecisse*. Cum hac autem divisione ferè convenit illa altera; qua dolus alius dicitur esse *ex proposito*, alius *ex re ipsa*: de qua explicari solet ad *l. 36. si quis cum aliter. digest. de verbor. oblig. & de ea agit Parisius Conf. 99. n. 20*.

Præterea sunt qui partiantur dolum in *simplicem*, quem volunt fieri sine consilio, sineque proarresi: & in *deliberatum*, qui est conjunctus cum proarresi: & denique in *insidiosum ac proditorium*, qui specie amicitia committitur: ut exemplum habemus in Ioabo, in historia Davidis, & apud Evangelistas in Iuda proditore. Sed hanc divisionem refutat Gifanius in *comment. de divis. iuris. num. 87*. quia scilicet nullus sit dolus sine proarresi: & quia in omni dolo latent insidiae: denique quia vel maximè ille dolus habeat insidias, quem vocant proditorium. Ibidem quoque rejicit sententiam Cagnoli, qui commentus sit quinque species doli.

PRO-

PROTHEORIÆ CAPVT QVINTVM.

DE CULPA.



Ranſeamus à DOLO ad CULPAM. Hoc enim erat alterum ex ſuprà propoſitis, quæ in contractibus præſtentur.

Initiò notanda eſt varia SIGNIFICATIO VOCABULI. Nam Culpa nonnunquam generaliter & latiffimè uſurpatur etiam de dolo, & quouis maleficio: ut cum Horatius ait:

Culpam pœna premit comes.

Item cum Cicero ſcribit i. de officiis, Cavendum eſſe, ne maior pœna quàm culpa ſit. Idemque in epistolis Sapiētis eſſe nihil præſtare præter culpam. Sic vacare culpâ maximum ſolatium eſſe dicitur. Sic Catullus:

----- *Tantum tibi gaudium in omni
Culpa eſt, in quacunq; eſt aliquid ſceleris.*

Altera notione Culpa in ſpecie ſumitur; ita ut diſtinguatur à dolo, & maleficio, eique opponatur: quod & in hac lege noſtra ſit, & plerisque locis Iuris noſtri, ubi culpæ nomen reperitur. Ex quibus apparet, priorem illam ſignificationem huc non pertinere: ſed tantum poſtერიore & ſpecialem; qua culpa denotat quandam negligentiam, ſocordiam, deſidiam, ſegnitiem, imprudentiam, inconfiderantiam, inertiam, ineptiam, ruſticitatem, ſimplicitatem, ignorantiam, atq; imperitiā. His enim vocabulis omnibus ſepè promiſcuè utuntur & Icti & Impp. vid. l. 236. Magna. ff. de verb. ſignif. & ibi Dd. §. præterea. Inſt. Quibus mod. re contrah. juncta l. 1. §. 1. ſ. Is quoz, apud quem. ff. de oblig. & actionib. & l. 72. ſocius ſocio. ff. pro ſocio. l. 1. §. 1. ſ. Is tutor. cum §. ſeq. ff. de ſuſpectu tutorib. cum ſimilib.

DEFINIRI autem poteſt culpa; quidd ſit læſio quedam rebus alienis illata per negligentiam & imprudentiam, vel faciendo quid, vel omittendo, quæ quidem læſio potuiſſet humanitus caveri atque evitari. Evolvamus paululum hanc de ſcriptionem. In ea primùm pro genere poſita eſt læſio. Niſi enim hæc ſecuta fuerit, non facilè culpa in conſiderationem venit: neque quidquam præſtare quis cogitur: quumvis alioqui negligentiffimus & imprudentiffimus ſit. Tritum enim eſt illud Ulpiani: verba cum effectu accipienda eſſe. l. 1. §. 2. hæc autem verba. digeſt. Quod quicq; juris in alium ſtat. l. pen. §. docere. ff. Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. Vnde nec dolus & fraus conſideratur, niſi læſio vel captio ſequatur. l. 36. ſi qui in pignore. §. 1. in f. ff. de pignorat. action. & §. in fraudem. Inſtitut. Quib. ex cauſis manumittere non licet. cum ſimilibus. Additur in definitione: per imprudentiam & imprudentiam illata. Quibus verbis continetur differentia, qua ſeparatur culpa à dolo. Nam in ea læſione, quæ per dolum inferitur, intervenit inſtitia, ſive ut Terentius ait, Mala mens, malus animus; & ut Salluſtius, ingenium malum parvamque:

D

cum

cum quis sciens ac prudens data opera nunquam conditionem infert alteri. Idem Terentius in hoc loco Hecyra: *Non mea opera, neque pot culpa evenit*: priore verbo *opera*, videtur intellexisse dolum. Sic enim & vetus ejus interpret eum accepit, cum ait: *operam esse, si scientes laeserimus: culpam si nescientes, inscientes, improvidi, quorum alterum sceleris est, alterum stultitia*. Plautus quoque in Epidico, imprudentiam conjungit cum culpa his verbis: *Oro te, mihi ignoscas, si quid imprudens culpa peccavi mea*: quem locum laudat etiam Ioannes Corrasius lib. 4. *Miscell. jur. cap. 1.* Sic & Vlpianus inter se opponit inconsideranter aliquid facere, id est, per culpam, & dolum, in l. 3. *pen. ff. de susp. tur.* Porro dixi; *Faciendo quid vel omitiendo*: ut ostenderem, duplicem esse culpam, quarum una est posita in *faciendo*, quod fieri non debebat: altera in *non faciendo* sive negligendo & omitiendo, quod factum oportuit: quas duas species probat etiam Corrasius d. c. 1. n. 9. & Giphianus in *Comment. de divisione juris*. n. 86. Atque ita etiam in partitionibus juris Feudalis distinximus inter culpam *commissionis* & *omissionis*; lib. 2. capit. 5. Dixi præterea; *quæ læsio potuisset humanitus præcaveri*: ut separarem culpam à casu fortuito seu vi majore. Huic enim humana infirmitas resistere non potest: ut loquitur Cajus in l. 1. §. *Et ille quidem. ff. de oblig. & act.* unde & damnum fatale dicitur ab Vlpiano in l. 5. §. *Quod vero senectute. ff. commodati*, & à Cajo in l. 2. in fine. *ff. de periculo & commodo rei vend.* Item *vis divina* ab eodem Cajo in l. 25. *si merces. §. vis major. ff. locati*. Qua de re infra latius explicabitur loco proprio. Denique addidi; *Rebus alienis*: quia si quis rebus propriis ac suis damnum aliquod intulerit vel acceperit sua negligentia, hoc nomine neq; ipse ab aliis conveniri, nec alios convenire potest. Ipse non tenetur de negligentia in rebus propriis: quia licet unicuique in rebus suis esse negligens; l. 21. *In re mandata. C. mand. & l. 18. etiam. §. 1. ff. soluto matrim.* ubi negat Pomponius, culpam exigendam à marito in administratione rerum ipsius: quamvis in rebus dotalibus præstet non solum dolum, sed & culpam. Deinde quod etiam alios hoc nomine convenire non possit, per se manifestum est: cum de nemine nisi de se ipso conqueri possit, cum sua culpa passus est damnum. Hoc enim sentire non videtur: ut est in *Regula Juris*. Præterea hic notandum; appellatione *Rerum* hic latissimè nos uti, ut non tantum bona, sed etiam corpus ac vitam liberi hominis complectantur. Certum est enim, non bonis tantum nostris, sed etiam corpori læsionem inferri posse: idque non tantum dolo, verum etiam culpa: veluti si quis imperitus regendi equos aut mulos, obvium hominem proterat & conculcet: unde is vel graviter affligatur ac vulneretur, vel etiam vitâ privetur. Aliud exemplum est in putare arborum, qui ramum projicit ex arbore in prætereuntem, eumq; lædit, cum prius non proclamasset. Tantum de definitione culpæ. Aliorum definitiones ut nimis obscuras vel etiam imperfectas omitimus: ut Petri, qui definebat culpam, *deviationem a dispositione Legis*: ut refert Bartolus ad L. *quod Nerva. num. 6. digest. de positi*: Item ipsius Bartoli; cui culpa est *deviatio ab eo quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit provideri*: quam ponit *ibid. num. 7.* Alia quoque est definitio Ioannis Corrasij *dict. cap. 1. l. 4.* quod sit *imprudencia, qua homines circa res alienas*

alienas vel negligunt, quod fieri oportet, vel faciunt, quod omitti debet: quæ definitio non multum discrepat à nostra, quam hæcenus examinavimus.

Nunc de DIVISIONE culpæ videamus. Vulgò Interpretes secant culpam in quinque species, secuti Bartolum *ad l. 32. quod Nerva. ff. Depositi.* Ex species ipsis sunt: *culpa latissima, latior, lata, levis & levissima.* Potuissent eadem opera constituere sex species, additâ videlicet etiam *leviore culpâ*: quam cur omiserint, nulla potest reddi rati. Sed hanc divisionem primus reprehendit Vdalricus Zasius, quem gravissimum Iurisconsultum vocat Ioannes Corrasius *dict. capit. 1. num. 7.* Zasius inquam *in Intellect. singul. & alibi*: itemque Ioannes Oldendorpius *in proem. program. sive classum action. Forens. titul. de culpa*: ubi ait, Ex gradibus huiusmodi non debere constitui diversas species: cum majus & minus non multiplicent species: *argum. l. ultim. digest. de instructo vel instructi. leg. & l. 1. si u cui. ff. quemadmodum servit. amittant.* Eosque & Giphanius sequitur, tamen Oldendorpius non alleget *in dict. commentar. de division. jur. num. 85.* Marcus Antonius Deltio *ad h. l.* distinguit inter species culpæ, & gradus. Ac species quidem facit duas: nempe culpam *latam & levem: levissimam*, quæ à plerisque additur tertia, rejicit: ex eadem ratione, quam paulò antè adduxi ex Oldendorpio: quia magis & minus non constituunt diversas species; sed tantum quantitate & qualitate distinguant subjectum; ut etiam loquitur Corrasius *in dict. capit. 1. numer. 5.* Deinde gradus culpæ facit tres: *summum, medium, & infimum.* Summum vocat *latam culpam*: medium *levem*: infimum *levissimum*: quarum prima proximè accedat ad dolum; altera verè & propriè sit culpa: tertia parùm distet à casu fortuito. Idemque *levis culpa* rursus tres gradus constituendos arbitratur; *summum, medium, & infimum*: qua de re planè est singularis & suus. Etsi autem Giphanius quoque *numer. 86. dict. commentar.* distinguit gradus culpæ à speciebus eiusdem: tamen longè aliter & alio consilio hoc facit. Nam speciatim Giphanius facit tres: primò negligentiam. *argum. l. 50. infra h. tit.* Secundò imprudentiam. *arg. l. 30. §. in hac. & l. seq. ff. ad L. Aquilian.* Tertiò imperitiam. *arg. l. 8. dict. tit.* Et has tres species deinde putat revocari posse ad duas, quarum una sit in faciendo, altera in non faciendo sive omittendo. Gradus autem ipse quoque cum Zasio, Corrasio & Deltio facit tres: *summum, in quo resistit lata culpa: medium, in quo levis: & infimum, in quo levissima.* Latam verò culpam Zasius, & hunc Doctorem suum secutus Mynsingerus *in comment. Institut. ad titul. de susp. tutor.* subdividit in latam culpam *ignaviae*, & eam quæ est *versutia*. Quod acriter reprehendit Corrasius *in Miscell. lib. 4. cap. 1.* Nam cum versutia nihil aliud sit, quàm malitia, sive dolus; hic autem propriè differat à culpa, etiam lata, *l. 7. ff. ad L. Cornel. de sicariis, cum similib. ut infra dicam plenius*: manifestum est, latam culpam non rectè sic dividi in ignaviam & versutiam. Ubi enim versutia adest, ibi dolus verus intervenit, & fraus, non autem lata culpa. Fateor equidem in contractibus latam culpam comprehendi sub appellatione doli; & ubicunque dolus tantum venire vel præstari dicitur, ibi etiam latam culpam præstandam esse: v.g. in deposito, ut in *hac l. nostra. vers. doli. juncta l. 30. si sine dolo. ff. depositi. & l. 1. C. eod.*

cum similibus locis: item in precario, ut *h. l. nostra. juncta l. 8. Quæsitum est. §. Eum: quoq. in f. ff. de precario.* Attamen hinc non sequitur, latam culpam propriè ac verè esse dolum, aut versutiam, aut malitiam ac fraudem: sed sunt & manent hæc distincta re ipsa. *arg. l. 1. ff. de dolo malo:* ubi cum definitur dolus, nullo tamen verbo fit mentio latæ culpæ: quod procul dubio non neglexisset Iurisconsultus, si qua culpa lata esset versutia, sive dolus. Corrasius etiam hoc argumento utitur: quia culpa lata semper numero singulari, & nunquam plurali reperitur. Existimat tamen Giphanius, sententiæ Zasij patrocinari posse quod ait Celsus in *l. quod Nerva. 32. ff. de positi.* Fraude non carere eum, qui latam culpam committit, id est, non non ad eum modum diligens est in re deposita quò in rebus suis: item eas leges, quib. lata culpa dolo proxima, immò & dolus esse dicitur, quales leges aliquot inferiùs adducam. Denique id quod vulgò dicunt, latam culpam esse dolum præsumptum: quam sententiam ne Corrasius quidem improbat. *dist. cap. 1. & 2. lib. 4. Miscell.*

Sed videamus ordine de tribus istis culpis, quas etiam constituit Ioan. Schneidevvinus *ad tit. Quib. mod. re contrah. oblig. cap. de mutuo. n. 38. & duob. seqq. de lata* inquam, *levi, & levissima:* sive hos gradus esse seu species dicamus. Nam ad usum & praxim parùm interesse puto: quamvis non negem quo ad scientiam & artis elegantiam aliquid referre, hoc an illo vocabulo appelles. Etsi autem æstimatio singularum culparum committenda est arbitrio iudicis: nec certis definitionibus ac regulis illæ faciliè comprehendi aut explicari possunt: & secundum qualitatem uniuscujusque facti ac personæ, censendo magis quàm disputando percipiuntur: ut duo magni Icti fatentur, Corrasius & Oldendorpius, & post eos Iacob. Menochius *de arbitrio iudic. quæst. & causis. lib. 2. casu 80.* Imò & Ulpianus disertè idem scripsit in *l. 15. semper. §. culpam. ff. quod vi aut clam.* tamen exemplo aliorum informandi iudicii causa breviter tradendæ videntur singularum descriptiones, & exemplorum appositione illustrandæ.

I. DE LATA CULPA.

Primum de VOCABULO, & æquipollentibus, admonendi sumus; hunc supremum culpæ gradum, sive hanc primam speciem in jure variis nominibus appellari. Dicitur enim nunc culpa latior, nunc gravior, (Comparativo scilicet utrobique usurpato loco positivi: quod etiam Accursius rectissimè animadvertit in gloss. d. l. quod Nerva: Ad quam figuram illud est dictum apud Virgilium *lib. 1. Æneidos, Tristior & lachrymis oculos suffusus nitentes.* Item Catullus senes *severiores*, homines *venustiores, beatiores;* & Martialis vitam *beatiorum;* & alii alia sexcenta ejusmodi dixerunt: quod & Quintilianus observavit, & Corrasius, aliique. (Nunc magna & summa negligentia: nunc lata & dissoluta negligentia: nunc nimia, nunc manifesta: nunc remissioris negligentia vitium: nunc dissoluta ignorantia: nun ignorantia, que in supinum hominem cadit: item culpa dolo proxima. videatur *h. l. 32. quod Nerva. ff. de positi. l. 113. cedere. §. ult. & l. 223. lata. & l. 226. magna. ff. de verb. sign. l. 1. §. 15 quoque. ff. de obl. & act. l. Regula. §. sed facti. ff. de juris & facti ignorantia. l. 54. homo liber. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. l. 8. si procuratorem. §. ult. & l. 29. si fide-*

juss

juss. in pr. ff. mandati. l. 1. §. hac actio. ff. si mensor falsum. mod. dixer. l. 6. ff. de administ. rer. ad Civit. pertim. l. 7. impuberibus. §. 1. ff. de suspectis tutoribus. l. 7. Tutor. §. 2. Competet. ff. de administ. tut. l. 55. cum sex menses. ff. de adilit. edito. l. 2. C. Arbitrium tutela. l. 5. C. de periculo tutorum. l. 15. Et si consensum. §. 1. ff. de contrab. empt. l. 47. cum res. §. culpa. ff. de legatis primo. l. 1. §. Non alias ff. si is qui testamento liber &c.

De vocabulis tantum.

Sequitur DEFINITIO, vel potius descriptio latæ culpæ: quæ ex dd. ll. 113. 125. & 126. D. de verb. sign. sumi potest talis: *Lata culpa est nimia negligentia, hoc est non intelligere, quod omnes intelligunt.* Omnes cum grano satis accipiendum, sive civiliter; qui scilicet sanæ mentis sunt quique sensu communi sunt præditi: ne quis hæc forte calumniatur, uti etiam infantes, fatuos & dementes, qui quod vident, ignorant, ut alibi dicitur, putet comprehendendos. Alii sic describunt: quod sit *læso sine malignitate quadam alteri illata & potius per ignorantiam, quam per malitiam: veruntamen adeo crassa & supina, adeo reprehensibilis & injusta, ut secundum sensum communem excusari non possit: si quis scilicet vel omiserit, quod nemo sane mentis omisurus erat: vel fecerit, quod nemo sanus erat facturus.* Bartolus ad dict. locum Quod Nerva: sic describit, quod sit *deviatio incircumspecta seu improvida ab ea diligentia, quam communiter homines adhibeant, qui sunt ejusdem conditionis & professionis.* Exempla sunt: ut si quis ignoret id, quod loco publico est affixum, sive proscriptum, aut voce præconis proclamatum, ut omnibus innotesceret in illa civitate aut regione l. 11. sed si pupillus. §. proscribere. digest. de institoria actione. Item, si quidvis aliud ignoret, quod tota vicinia sciat, vel omnes qui ejusdem sunt civitatis. gl. in l. ultim. digest. de decretis ab ord. faciendis; & argument. l. 9. Regula. §. 1. digest. de iuris & fact. ignorantia. Item si quis non mortiferè vulnerato medicum non adhibeat curandi causa, vel malum imperitumque adhibeat, l. 30. Qui occidit. §. ult. digest. ad l. Aquil. l. 31. Quod si nolit. §. Culpam omnem. ff. de adilitio edito. Item si commodatarius rem sibi commodatam relinquat in ædibus, & abeat aperta janua, & domo incustodita; quam alius furto surripiat: quo exemplo utitur Ioannes Schneidevvinus ad. pr. Instit. Quib. mod. re contrab. obl. n. 38. Sic lata culpa est, si quis non ad eundem modum in rebus alienis sibi commissis fuerit diligens quam in propriis. Non enim potest quis salva fide minorem diligentiam rebus alienis quam suis adhibere. Quare latam culpam committit, qui cum suas res servaret, alienas perire sinat, cum posset etiam illas facili negotio & eadem operâ conservare. l. 32. quod Nerva. ff. Depositum. sic exemplum latæ culpæ est, quando Magister navis in flumen immiserit navem gubernatore destitutam l. 13. Item queritur. §. si magister. ff. iecati. Item si quis ignoraverit, vinum in vase corrumpi nisi vas subinde repleatur: aut frumentum, si non aliquando moveatur, aut oleum atque unguentum, si muscæ in id inciderint, aut mel, si panis, præsertim fermentatus, in id inciderit, unde statim examen formicarum pullulat: aut vestes inclusas, quæ raro gestantur, corrodi à tineis, maxime pelliceas & laneas, nisi interdum ad solem exponantur, ac ventilentur: aut salem liquefcere, si compluatur, vel in aquam submergatur. Item si quis nesciat, opportuna sationi, messi, videmix, & navigationi, tempora.

omnibus nota. &c. Sed infinita penè sunt exempla latae culpæ, quæ in quotidiana vita subinde occurrunt, & ab uno quoque faciliè observantur.

Omissis itaque pluribus exemplis, id potius videamus, quatenus verum sit, quòd *culpa lata dicitur dolus esse, & sub dolo comprehendi*, sive in doli crimen cadere. Nam ut in multis legibus ex iis quas suprà recensui, videre licet; lata culpa dicitur, nunc *dolum representare*, nunc *dolo comparari*, nunc *dolo proxima*, nunc *prope dolum esse*; immò aliquando etiam *esse dolus*. Et si enim alioqui species separatæ de se invicem non prædicantur propriè loquendo: neque rectè dicitur v. g. bos est talpa: vel commodatum est locatio, &c. tamen non malè hîc à Ictis lata culpa dicitur dolus esse: quia scilicet eisdem cum dolo effectus in iure habet: vel etiam quia is, in quo tam magna deprehenditur negligentia, ut non intelligat, neque curet, quod omnes homines intelligunt, aut curant, præsumitur etiam dolo non carere, vel in dolo esse, vel dolosè versari atque agere: Ex quo Interpretes suum *dolum præsumptum* fabricarunt, qui opponunt *dolum verum*: ut suprà dixi, cum de dolo agerem. Sed non per omnia verum est, latam culpam esse dolum, vel sub doli appellatione tacitè contineri, eisdemque Iuris effectus habere. Nam in veris delictis, & criminibus lata culpa non æquiparatur dolo: ut videre est in l. 7. in Lege. ff. ad l. Corn. de sicariis. l. 1. l. 3. l. 4. ff. de servo corrupto. l. in furti actione. §. si. ff. de furtis. l. 23. cum autem. ff. Excipitur. ff. de ed. ed. Vbiq; enim agitur de pœna corpori infligenda (idemque esse volunt etiam in infamia irroganda) ibi necesse est ut dolus verus intervenerit, neque sufficit, errore vel ignorantia, quamvis crassissimâ, quipiam esse factum. Videatur & Parisius in consil. 161. n. 9. vol. 4. Sed si de pœna pecuniariâ agatur etiam in delictis & criminibus lata culpa sub dolo contineri videtur. arg. l. si dolo. §. culpa autem ff. si is qui testam. liber esse &c. Ita distinguitur etiam Mar. Anton. Delrio ad hanc legem nostram: & rationem differentiarum non ineleganter hanc reddit: quia ubi de maiore pœna infligenda tractatur, ut in criminibus ac pœnis capitalibus, ibi postulat æquitas, ut moderatius agatur, & quoddam adhibeatur temperamentum benignitatis, quo iudex legum severitatem & rigorem in pœnis gravioribus subsequatur. arg. l. respiciendum. ii. ff. de pœnis. Tantum igitur in contractibus, & in quasi delictis, vera est & locum habet illa sententia, quòd lata culpa sit dolus; sive quòd doli appellatio etiam latam culpam sub se comprehendat; quamvis nulla sit facta mentio latae culpæ. De contractibus hoc certum est ex plurimis locis juris nostri. De quasi delictis idem colligi potest ex l. 15. Si filiusfamilias. §. j. ff. de iudiciis.

Quæritur de ignorantia juris, an lata culpa sit annumeranda, nec ne? Respondendum est per distinctionem; primum inter personas; deinde etiam jura ipsa, quæ ignorantur. Quod attinet ad personas, alii sunt qui juris scientiam profitentur: & in his omnis ignorantio juris, in quo versantur, vel cuius se peritos profitentur, meritò latae culpæ adscribitur. arg. l. 2. §. Servius. ff. de origine juris. l. 2. D. quod quisq; juris, &c. Alii, & quidem longè plures, sunt Idiotæ & homines vulgares: in his ignorantio juris non est latae culpæ, sed levi potiùs adscribenda. Nam non omnino culpa carent; sed in hoc ipso videntur culpandi, quòd cum possent ac deberent consulere peritiores, id non fecerunt. Adhibenda quoque est distinctio inter Ius

natu-

naturale, sive Gentium, & ius civile. Illius ignorantio in quibusvis hominibus, etiam vulgaribus & rudibus, est lata culpa censenda; v. g. si quis nesciat, incestum committi ab eo, qui ex gradu ascendenti vel descendenti duxerit uxorem, matrem vel aviam, item filiam aut neptem. *l. ult. ff. de rit. nupt.* At juris civilis ignorantio non est tam crassa ac supina in idiotis, ut lata culpa dici mereatur: v. g. si quis ignoret, quanam ex latere venientes personæ matrimonio conjungi prohibeantur. *d. l. ult.* Neque negligenda est altera distinctio, inter jus certum, & inter jus controversum, hoc est, de quo diversæ ac discrepantes sunt opiniones Doctorum. Hujus enim quàm illius ignorantio facilius excusari potest, etiam in Icto, nedum in homine idiota. Plura de ignorantia juris videantur in *l. 9. Regula. ff. de juris & facti ignorantia, & aliquot ll. C. eod. tit.* ubi etiam de iis agitur, quibus & quatenus permissum sit jus ignorare. Atque ex his limitationem quandam recipit *lex. 9. leges sacratissimæ. Cod. de Legibus.* ubi dicitur: Leges sacratissimas, quæ constringunt omnium vitas, intelligi debere ab omnibus: de qua lege obiter annoto, esse quandam particulam decerptam ex *Marciani Novel. 4. de Matrimonio Senatorum.* Cum eadem lege etiam concordat *l. 12. Constitutiones. C. de juris & facti ignorantia:* ubi Impp. ajunt: *Constitutiones principum nec ignorare quenquam nec dissimulare permitimus.* Quibus legibus Accursius objicit *l. 36. Repetita. C. de Episc. & Cler. in vers. absurdum.* (Cum qua conjungi debet *l. 23. Consulta. C. de testam.*) objicit quoque *legem fin. in princ. vers. arma. C. de jure deliberandi.* In altera lege excipiuntur Clerici: in altera milites. Solutionem videre licet apud eundem Accursium in *d. l. finalis, in verbo, Arma.*

Quæritur porro, *An etiam ob latam culpam adversarii possit ab aliquo iurari in litem?* sive quod idem est, *An in tractatu iurandi in litem appellatione doli etiam contineatur lata culpa?* De hac questione dissentiunt à se invicem Dd. Immo & Accursius ipse varius est, ut videre est ex *gl. in l. in actionib. ff. de in litem iurando,* si conferatur cum *gl. l. 2. C. eod. tit.* Nam priore loco negat, ob latam culpam iurari posse in litem: posteriore loco affirmat, sicut & textus ipse in *d. l. 2.* disertè id ipsum affirmat. Quæ lex non patitur ita se eludi: ut cum quibusdam dicamus, hoc speciale esse in actione tutelæ, ob illius favorem. Sententiam negativam communiter amplexi sunt Dd. imprimis Bartolus & Alciatus. Argumenta utriusque partis videri possunt apud Anton. Contium in *comm. ad h. legem nostram.*

Illud certum est, & generale ad omnes culpæ species sive gradus: sicut dolus nunquam præsumitur, ita & culpam quamlibet non præsumi, sed probari debere ab eo qui allegat eam: quod latè ac diligenter explicat Ioseph. Mascardus vol. 1. de probat. conclus. 467.

De illa autem Zafij & Mynsing. partitione latæ culpæ, qua aliam faciunt *versutia*, aliam *ignavia*, jam suprà dixi: eamq; rejeci exemplo Ioan. Corrasij in *Miscel.* Eandem quoque nunquam sibi placere potuisse, testatur Anton. Contius d. p. 19. & 20. liberè discedens à sententia sui Doctoris Eguinar: Baronis. Nam & hic ita divisit culpam latam: quasi alia sit dolus, alia non sit: sive quasi alia cadat in suspicionem doli & fraudulentia, sive in dolum præsumptum: alia careat suspicionem doli.

II. DE

Transendum est à LATA ad LEVEM culpam. Ac primùm de appellatione ejus notandum est, quod eleganter admonuit Ioan. Oldendorpius, non dici levem culpam ratione quantitatis damni, quod intulit, si nimirum hoc sit leve & modicum, ut tunc levis culpa censeatur; cum possit aliquando etiam ex levi culpa grande damnum oriri, sicut ex parva scintilla magnum sæpè incendium existit: sed idèò potiùs, quia absit propositum nocendi; & absit illæsa conscientia, quæ errores & defectus, quamlibet magnos sæpè excuset. Deinde hoc quoque pertinet ad considerationem vocabuli, quod ubicunque culpa simpliciter posita reperitur, nullo videlicet addito epitheto, toties intelligenda sit culpa levis: ut Petrus Faber *ad hanc legem*, & post eum Deltio annotavit; estque verissimum. Exempla sunt non solum in hac nostra lege, sed etiam aliis locis Iuris propemodum infinitis.

Ad rem quod attinet, *Levis culpa est negligentia, quam communiter homines etiam qui non sunt diligentissimi in suis rebus solent effugere. sive, cum quis id facit, quod nemo diligens paterfamilias faceret: vel contra: cum quis id emittit, quod nemo paterfamilias diligentior & circumspicior erat omisurus; sive, cum quis non præstat eam diligentiam quam prudentes & diligentes patresfamilias secundum communem hominum naturam & consuetudinem rebus suis adhibent: sive denique ut Paulus ait in l. 31. si putator. digest. ad L. Aquiliam, Culpa est, quod cum à diligente provideri potuit, non est provisum.* Huc pertinet imperitia, de qua dicitur in l. 122. *infra h. titul. Imperitia culpa annumeratur.* Exempla ejus varia sunt: cum alibi *sub titul. ad leg. Aquiliam.* tùm in l. 7. §. *ultim. & in l. 8. Idem juris.* ubi Cajus elegantem tradit Regulam: quod non debeat quis affectare id, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam aliis periculofam futuram: ubi Baldus in *summario Legis, Nemo*, inquit, *attentare debet id, ad quod non est sufficiens vel imperitus.* Exemplum est in l. 6. *Illicitus. §. sicut. ff. de officio præsidis.* ubi Ulpianus ait, Medico imputari debere, quod vel imperitiam commiserit, nempe in curando homine: Qua verò pœna sit afficiendus talis medicus, qui perperam adhibito medicamento hominem occiderit, eleganter & prolixè explicat Petrus Heigius *part. 2. quæst. juris.* Cui simile est, quod Affellor vel alius Iurisperitus ex imperitia juris teneatur, si malum consilium vel responsum Iudici vel alteri dederit: de quo vide l. 2. & ibi DD. ff. *Quod quisq. juris in al.* ubi pulchra est glossa Accursij. Aliud exemplum imperitiæ est in artifice, qui geminam, quam acceperat auro includendam aut sculpendam, frægerit. l. 13. *Item queritur. §. si gemmam ff. locati.* Aliud exemplum est in magistro cujuslibet artis, qui modum castigationis licitæ & concessæ non tenens, discipulum suum læserit. d. l. 13. §. *Item Iulianus. ff. locati. juncta. l. 5. §. si Magister. ff. ad l. Aquiliam:* ubi dicitur, levem tantum castigationem docenti concessam esse: & in l. seq. ait Paulus: Nimiam sævitiam præceptoris culpæ assignari. Porro aliud exemplum extat in l. 27. *si servus servum. §. si cal. cm. digest. dist. titul. locati.* Eodem pertinet lex *vicefima quinta, si merces. §. qui columnam. digest. locati:* ubi Cajus inquit, *Culpa abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset.* Vnde ex contrario dicere licet: si non illa omnia facta sint, culpam

pam adesse. Notandum est autem, quod ibi monet Accursius, usutpari superlati-
 vum loco positivi: sicut alias etiam comparativus loco positivi reperitur, ut
 suprà dixi. Certum est enim ex aliis locis Iuris, (ut etiam ex hac lege nostra) loca-
 torem non teneri de levissima culpa; sed tantum de levi. Aliud exemplum levis
 culpæ est in l. 26. §. ult. ff. de rei vind. Nempe si quis navem, quam trans mare mit-
 tebat, minus idoneis hominibus commiserit. Item alia quatuor exempla uno lo-
 co recenset Cajus in l. 36. Qui peritorio. §. 1. eod. tit. Ex quibus cætera sunt de servis:
 postremum verò hoc est, si quis navem adverso tempore navigatum miserit, eaque
 naufragio sit perempta. Aliud exemplum est in l. 30. qui occidit. §. In hac quoque.
 ff. ad L. Aquil. ubi Paulus ait, Culpæ reum esse, qui die ventoso ignem immiserit
 in stipulam vel spinam agri sui: (sicut solebant agros urere: testibus scriptoribus
 Rei Rusticæ, ut Catone, Varrone, Columella, & aliis; etiam Virgilio in Georgicis)
 Unde latius progressus ignis etiam alterius segetem aut vineam læserit. Aliud ex-
 emplum est in hominibus curiosis: quo genere nihil est aut crebrius aut odiosius
 in communi vita. Nam plerisque mortalium, quasi innatum est ac nimis familia-
 re vitium πολυπραγμοσύνη, ut plus satagunt de rebus alienis, quàm suis ac pro-
 priis. Contra quod vitium, observanda est primum Regula Iuris in l. 37. hoc titul.
 Culpæ est immiscere se rei ad se non pertinenti. Secundò observanda etiam lex 36.
 repetita. Cod. de episcopis & clericis, cum qua est conjungenda lex 23. consulta Cod. de
 testamentis. Tertio denique pro antipharmino adhibendum est præceptum D.
 Pauli priore epistola ad Thessalonic. cap. 4. vers. 11. Operam detis, inquit, ut quæri-
 sitis, & ut vestrum negotium igatis. Aliud exemplum est in eo, qui cum sciret ac
 prohibere posset, ne quid fieret, non prohibuit tamen, l. 50. culpa caret. h. tit. argu-
 mento à contrario sensu ex ea lege ducto. Quo pertinet etiam quod ait Seneca:
 Peccare qui prohibet, cum possit, jubet. Hinc est, quod si servus domino sciente
 non prohibente deliquerit, non liberetur dominus si servum noxæ dedere velit,
 sed totam damni estimationem præstare cogitur: de quo alibi dixi. Sic & mala e-
 lectio est in culpa, ut rectè notat Accursius ad l. 60. cum in plures annos. §. servum
 meum, in verb. elegerim. ff. locati, & in l. 21. Nam & Servus. §. ultim. in verb. elegeris.
 ff. de negotiis gestis. Unde & Cicero in aurea illa epistola ad Q. Fratrem, de admini-
 stranda provinciâ, pulchrè docet, omnia illorum facta nobis præstanda esse, quos
 elegerimus. Sic culpæ non immeritò ascribitur negligentia custodum in officio,
 qui appositi sunt furioso, ut observarent, tum ne quid in se ipsum perniciosius mo-
 liretur, tum etiam ne aliis esset exitio. l. 14. D. Marcus. in f. ff. de officio præsidis, ubi
 Accursius hypothesein transferens ad thesin rectissimè ait: Nota quod quilibet in
 officio suo debeat esse diligens, non negligens. Cui simile est præceptum Apostoli ad
 Rom. 12. Sic Iudicis imprudentia malè judicantis, culpæ annumeratur, in l. ult. ff.
 de variis & extraord. cogn. & tit. Instit. de oblig. quæ quasi ex del. qui plura quoq; alia
 suppeditabit exempla culpæ. Sic in culpa est, qui temerè & facilè aliquid asseverat,
 quod ignorabat: v. g. servum, quem quis vendebat, bonæ fidei & frugi esse, cum
 is fur esset, quamvis ignorante venditore. l. 13. Iulianus. §. quod autem dixi. ver. quod
 tamen digest. de act. empti. Non enim debemus facilè asseverare quæ ignoramus.
 arg. d. l. 13. Unde neque illi culpa carere videntur, qui nimis largi & liberales sunt

E

ac

ne dicam prodigi, in commendandis & honesto testimonio ornandis quibuslibet, quasi frugi & honesti sint: cum sæpissimè deprehendantur homines futiles, vagandi, erronei ac nequam: & testimoniis ac commendationibus suis freti, multos, quibus ignoti sunt, decipiant: quod in quotidiana vita nimis crebrò usu venit. Quocirca hæc in re cautè ac circumspectè versari debemus, memores præcepti Horatiani: *Qualem commendes, etiam atq; etiam aspice: ne mox vero incutiant aliena tibi peccata ruborem.* Atque hæc sufficiant de exemplis culpæ levis, quæ ad illustrandam ejus definitionem, & explicandam naturam afferre volui.

III. DE LEVISSIMA CVLPA.

Sequitur culpa LEVISSIMA. Hanc significant Icti, quoties dicunt diligentiam ab aliquo præstandam esse. Nam *diligentia* opponitur huic speciei sive gradui culpæ: ut in *h. ipsa l. nostra vers. in his quidam & diligentiam*: quod etiam Ant. Contius hic annotavit, & Delrio, post alios, Videatur & l. 5. §. *nunc videndum est, vers. commodatum. ff. commodati.* Item l. 18. *In rebus. in prim. eod. tit. & l. 47. cum re, §. pen. ff. de legat. 1. l. 2. in fi. & l. 3. ff. de periculo & commodo rei vendita.* Nam in d. l. 47. disertissime tres species distinguuntur ab Ulpiano: quarum una est ea quæ dolo proxima est, hoc est, culpa lata: Altera, quæ levis est: Tertia culpa levissima exprimitur illis verbis. *aut nunquid & diligentia quoque exigenda est ab herede?* Nam si hæc verba accipiamus de levi culpa, tum verò otiosâ & odiosâ tautologiâ bis idem dixisset Ictus; & distinxisset per particulam *aut*, quæ non erant distinguenda; quod non est credibile. Quod autem Eguinar. Baro aliter accepit nomen *diligentia*; pro custodia scilicet; & culpam tantum eam intelligi voluit, quæ in faciendo sit posita: id rectè refutat ipsius auditor Ant. Contius, docetque, Culpam passim à Ictis pro negligentia vel segnitia & desidia in non faciendo usurpari. Porro *Diligentia* interdum additur aliquod Epitheton: veluti *exacta*, item *exactissima*, ut in §. 15. *cui res. Instit. Quibus modis re contrahitur. oblig. in vers. at in qui. iuncta l. 1. §. si vero qui ad utendum. ff. de obl. & act.* Sic *exactum officium* eodem significato ponitur in l. 21. *in Re mandata. C. mandati. Aliena negotia, inquit Constantinus, exacto officio geruntur, nec in his quicquam neglectum ac declinatum, culpa vacuum est.* Ex quibus verbis tria sunt notanda: primum positivum *Exacto* usurpari loco superlativi *Exactissimo*; quod etiam Accursius *ibid. in gl.* eruditè monuit, & illustravit exemplo hemistichii illius Virgiliani:

—— *Saturnia sancta Dearum.*

pro *sanctissima* vel *maxima*: cui similia sunt illa apud Ennium Lucretium & alios, *Dia Dearum.* item *Die Deorum*, pro *divinissima*, vel *divinisime* &c. ut apud Homerum *δία θεῶν*. Secundò, *geruntur*, idem valere quod *geri debent*. Tertiò, culpam etiam levissimam in mandato præstandam esse: quod ibidem notat glossa: ut etiam in leg. 13. *de procuratore. C. eod. tit.* Tamen si ea de re dissentientes sint opiniones inter Doctores, quæ de re suo loco infra plenius disseretur.

Sunt

Sunt quidem viri clarissimi qui duas tantum species culpæ esse contendunt: *levissimam* plaudè reijciunt vel certè eandem esse volunt cum *levi*: ex quibus post Zassium in *singularibus Responsis* est etiam Doctor noster celeberrimus Hugo Donellus lib 16. *Comment. Iuris Civilis. cap. 7.* ubi scribit pag. 626. *levem & levissimam culpam verbis tantum distingui*; Re verò, aut certè Iure, easdem esse veteribus: eandemque esse utriusque definitionem. Sed pace illorum rectius facturi videmur, si alios sequamur duces; & cum illis retineamus tres culpæ gradus distinctos: & inter eos etiam *levissimam culpam*: quæ non solum testè pluribus in locis nomine *diligentiæ* circumscribitur; Verum etiam disertè nominatur in l. 45. *In lege Aquilia. ff. ad l. Aquilia.* Neque ab aliis tantum interpretibus hac in re dissentit Donellus, sed etiam discedit à doctrina, suimet Doctoris Franc. Duareni V. CL. qui tribus in locis suorum Commentariorum hanc nostram divisionem trimembrem constanter retinet: ut primò ad l. 5. *in actionibus. ff. de in litem iurando*: Secundò ad l. 9. *si mora. digest. soluto matrimonio*: & Tertio ad titul. *de commodato, cap. ultim.* Non negamus interim primò, quòd idem Duarenus admonet, uno tantum loco in Iure nostro nominari *levissimam culpam*, nempe d. l. 45. *In lege Aquilia*. Secundò quòd idem ait, arbitrio iudicis permittendum esse, ut æstimet, an & quænam culpa sit commissæ; lata, levis, an *levissima*; quod & suprà notavi ex Oltendorpio: & est verissimum: eademque est sententia Ioannis Fabri, probata etiam Schneidevino ad pr. tit. in Inst. *Quib. mod. re contrah. obl. n. 40. vers. Iudex tamen*.

Est igitur *levissima culpa* (ut ejus tradamus descriptionem quandam) cum quis non adhibuit eam diligentiam, quam diligentissimus quisq; rebus suis adhibuisset: vel *Levissima culpa est defectus, sive absentia, sive omisio, exactissima diligentia*, cum quis non eam adhibuit rei custodiam quam alius diligentior adhibuisset: argument. d. l. 1. §. 15. verò qui utendum. *digest. de obl. & action. & d. §. Item & cui res Inst. Quib. modis re Contr. obl. sive* (ut Duarenus verbis utar) cum quis mediocrem & probabilem diligentiam communi hominum more adhibuit, sed tamen eam admisit culpam in quam vir diligentissimus non incidisset; sed quam sua sagacitate præavere potuisset. Exempla *levissimæ culpæ* sunt: v. g. si quis rem apud se depositam in cubiculo recondidit, vel in arca, & januam sive operculum probè conclusit; sed abiens non removit clavem, neq; tentavit, an janua firmiter sit oclusa, quòd alius diligentior facere non neglexisset: itaque occasionem præbuit furi surripiendi rem dum tentans ostium vel arcam animadvertit, non sat benè clausum esse: quo exemplo utitur Ioannes Schneidevvinus dicto loco. Aliud exemplum affert Duarenus; nempe si quis gemmam, sibi commodatam recondiderit, & in arcâ incluserit; sed tamen fur arte aliqua eam abstulerit & surriperit.

Cum autem dictis in locis, ut in l. 2. & 3. *ff. de periculo & commodo rei venditæ, & alibi*, fiat mentio *custodiæ*: sciendū est, aliam esse *custodiam simplicem*, aliam *plenam*. Qui *simplicem custodiam* in se recipit, vel præstare debet, is tantum de *levi culpa* tenetur:

netur. Qui verò plenam custodiam debet, is etiam levissimam culpam præstare tenetur: sive (quod idem est) custodia plena excludit culpam levissimam: simplex verò levem: quod & Delrio admonet ad hanc legem nostram. c. 1. prope finem.

PROTHEORIÆ CAPVT SEXTVM.

DE CASV FORTVITO.



ESTAT inter evidentialia huius legis sive protheorias, ut DE CASIBUS FORTUITIS quoque dicamus post expositum dolum & culpam. Igitur ut de Vocabulo primùm videamus, omitto plura ejus significata, quæ apud bonos auctores in usu Linguae Latinæ habet: v. g. apud quos, nunc pro lapsu sive ruina usurpatur, (ut cùm Horat. ait lib. 2. *carm.*

Celsæ graviore casu decidunt turres:)

nunc pro morbo: nunc pro quolibet periculo: nunc pro variis atque inopinatis eventis: nunc pro temeritate opposita consilio rationi, arti & prudentiæ: (ut cùm ait Poëta, *Casus inest illic, hic erit artis opus.*) Quorum exempla hinc inde quàm diligentissimè collecta videre licet apud Robert. Stephan. in egregio illo *Thesaur. sive Prompsuario lingua latine*. His inquam omiſſis, ut illas tantum vocabuli notiones attingamus, quæ extant in jure nostro. Casus interdum pro facti specie usurpatur, quam aliqui *hypothefin*, alii *thema*, veteres *facti speciem* vocant. Ita Iulianus in l. 9. ff. de leg. neque leges, neque Senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur. Idemque & articulos & causas vocat, in l. 11. non possunt. eod. tit. Deinde aliquando pro negligentia sive culpa usurpatur: & in hac notione, casu factum. opponitur ei quod quis sciens prudensque commiserit, hoc est, dolo malo: sive, Casu admissum opponitur ei quod voluntate factum est. vide l. 9. qui ades. ff. incendio, ruina, naufragio, & l. 1. §. Divus Adrianus. ff. ad L. Cornel. de sicariis, & utrobique Accursium in gl. sic & fortuitu usurpatur apud Moysen Numer. 35. vers. 22. Tertia significatione in jure Casu usurpatur in illa juris regula, qua traditum est, Vnumquamque rem perire, ubi in eum casum inciderit, à quo incipere non poterat: ubi casus significat, eventum sive qualitatem aliquam supervenientem. Verùm ex his notionibus nulla est huius loci: Illa potius ad hunc locum pertineat, qua casus vel absolutè dictus, vel cum adjectione [*casus fortuitus*] item [*casus major*] significat damnum ejusmodi, quod nulla interveniente vel præcedente negligentia aut culpa incurritur; sed majore quadam & occulta vi contingit, quæ vel provideri prorsus nequeat ab homine, vel cui resisti non possit, etiam si provideatur. Vnde etiam *major casus, cui infirmitas humana resistere non potest*, appellatur in l. 1. §. Is verò qui utendum. ff. de oblig. & action. & Imp. in §. item is cui res. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. conjungit hæc duo: *majorem vim majoresq; casus, tanquam causam cum effectu: vid. & l. 18. in rebus. ff. commoda. & l. 28. in iudicio. C. de locato.*

Eam

Eam porrò vim maiorem, alii Deo ascripserunt, alii fortunæ, alii denique fato tametsi fortunam quoque ipsam fingeant Deam; cuius imaginem pulcherrimam ex veterum pictorum & sculptorum arte desumptam, expressit Galenus *initio aurei libelli, quem inscripsit Exhortationem ad artes*: unde plurima transtulit ferè ad verbum S. Isidorus *lib. 3. epistola 154.* uterque scribit, eos fortunam finxisse in forma muliebri, eique attribuisse clavum sive gubernaculum quod manibus tene- ret pedibus verò subijcisse basin sphericam sive globosam: oculis insuper eam or- basse: ut his omnibus significarent, fortunæ inconstantiam, varietatem atque ve- cordiam & cæcitatem. Eidem opponit Galenus illustri descriptione typum Mer- curii: utrique verò comitatum quoque suum adjungit.

Qui Deo talia ascribebant (sicuti revera non alii tribuenda sunt, cum & Amos Propheta *cap. 3. vers. 6.* dicat, *Non est malum in civitate, quod Dominus non fecerit*: cui consentit etiam Ieremias in *Threnis, capit. 3. vers. 37. & seq.* Vnde etiam alibi Deus dicitur tradidisse alicui in manus eum, quem quis non ex insidiis neq; de- industria, sed involuntariè occiderit. *Exod. 21. vers. 13.*) ii appellabant *θεὸς βλαὴ* id est, vim divinam: ut Gajus *in l. 25. si merces. §. vis maior. ff. locati*: ubi videatur Budæus *in Annotat.* Eaque vis divina maximè quidem & imprimis conspicua est in fulmi- nibus, tonitruis, grandinibus, imbribus, ventorum procellis ac tempestatibus, ca- lamitate, sterilitate, aquarum inundationibus & diluviis item in labe ac discessio- ne & hiatu terræ, quod chasma vocant. De his aliquot loca Psalmorum Davidico- rum adire licet: ut 29. 104. 105. 148. &c. Veruntamen etiam in aliis eventibus re- pentinis & inexpectatis eadem divina potentia elucet: ut omnes qui vident vel au- diunt admiratione percussos exclamare talia quædam oporteat: *dextra Domini fe- cit virtutem*: item, *A Domino factum est istud, & est mirabile in oculis nostris*: ut scri- ptum est *Psalm. 118. v. 16. & 23.*

Porro qui fortunæ temeritati damna istiusmodi ascribebant, ij *Casus fortuitos* appellarunt, (Fors enim est Fortuna) ex quibus est Ulpianus, qui etiam conjungit casus & fortunam *in l. 1. §. si magistratus. ff. de magistratib. conveniend.* Idemque *in l. 2. §. si eo tempore. ff. de administratione rerum ad civitatem pertin. ait, fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.* Simpliciter Imp. Alexander, (cui Ulpia- nus noster à consiliis fuit) loquitur *in l. 5. Cod. de pignorat. act. Quæ fortuitis casibus accidunt, cum provideri non potuerint, &c.* Huc pertinet insignis locus Ciceronis *lib. 2. de Divinat*: *Quomodo (inquit) id quod temerè sit, cæco casu & volubilitate forru- næ sentiri & prædicti potest?* quasi dicat, minimè potest. Et apud Virgilium *lib. 8. Æneid.* quidam ita fortunam alloquitur:

Sin aliquem insandum casum fortuna minaris.

Atque hanc ethnicam loquendi rationem interdum etiam Christiani Principes seculi sui vitio imitati sunt, ut Iustinianus *in §. item is cui res. vers. & is quidem. & in §. ult. Instit. Quib. mod. re contrah. oblig.* Priore loco ait Imp. Eum qui acceperit mutuum, remanere obligatum, etiamsi quod acceperat fortuito casu amiserit: quod idem dicitur *in l. 11. Incendium. Cod. si certum petatur.* Sic ante Iustinianum etiam Zeno *in l. 1. C. de jure emphyt.* aliquoties casus fortuitos nominat.

servilia: fuga & furtum. tot. tit. ff. de servo corrupt. & aliquot locis sub titul. de adis. edit. Festivè suo more lusit Martialis:

*A pedibus didicere manus peccare proterva.
Non miror furem, qui fugit: vus erat.*

Vitiis illis servorum etiam tertium addi potest, mendacium, quod alias quoque ferè cum furto conjunctum esse solet: De Fuga hic agitur: & latè in l. 17. quid sit fugitivus. ff. de adis. edito. Sed enim tunc demum fuga annumeratur casibus fortuitis, si fugiat talis servus, qui non solet custodiri: sicut regulariter, non solebant custodiri servi, quod ea custodia & nimium esset difficilis, & usum ipsorum ferè inutilem efficeret. A contrario igitur sensu dicendum est, fugam servi non esse casum fortuitum, sed præstandum, si vel ex eo genere est servus, quod solet custodiri: ut sit cum quis ob malos mores, & ingenium nequam suspectus est fuga: vel in ea ætate constitutus, ut etiamnum custodia egeat: vel denique si quis custodiam servi susceperit. §. cum autem emptio. Inst. de empt. & vend. l. 21. si a bona fidei. ff. de rei vindic. & l. 5. §. custodiant. ff. commodati.

Tertiò, Rapina: hoc est, si cui res per vim auferatur: hoc est, impetu rei majoris qui repelli non potest, ut ait Paulus in l. 2. ff. quod metus causa. quo pertinet tit. ff. de bonorum raptorum. & tit. Inst. de vi bon. & rapt. Ex quo intelligimus: Furtum, etsi valdè cognatum est Rapinæ, tamen non esse casibus fortuitis annumerandum: hoc enim provideri potest & præcaveri, nec fit diligenti patrifamilias. Quod de re videatur & Accursius ad l. 3. in verbis: etiam si sine culpa. ff. Nauta, caupon. si abul. & ad l. 52. cum duob. §. damna, in verbis: subreptum sis. ff. pro socio. Ubi tamen excipit furtum domestica, quæ nominantur in l. 11. respiciendum. §. furtum domestica. ff. de pœnis: & explicantur in l. 91. si libertus. ff. de fureis: ubi & Bartolus videri potest. Quantum autem & quibus in rebus præterea differat rapina à furto, alibi exponitur, neque hujus loci proprium est in eo immorari.

Quartò adduntur Tumultus. Grammatici tumultum dictum putant, à timore multo. Sed fortassis verius à timore, sive tumendo descendere dicemus. Eleganter autem Cicero 8. orat. Philipp. distinguit inter bellum & tumultum: potest, inquit, esse bellum sine tumultu: tumultus esse sine bello non potest. Quid enim tumultus, nisi perturbatio tanta, ut maior timor oriatur? unde & nomen ductum est tumultus. Et mox, gravius esse ait tumultum quàm bellum. Quem Ciceronis locum allegat & Quintilianus lib. 7. cap. 3. Videatur Servius in 8. Æneid. ubi quatuor genera militiæ apud veteres fuisse scribit, & inter cetera tumultum quoque nominat. Sed Iurisconsulti tumultum latius usurpasse videntur pro quolibet periculo, quod ex concursu & turba hominum impendere videtur, etiam pacis tempore. Sic depositum tumultus causa legimus apud Vlpianum in l. 1. §. 1. ff. depositi: & apud Iustinianum in §. rei persecutoria. vers. plane. Inst. de Actionibus quibus locis non verisimile tantum militiæ quandam speciem significari. Sic Ausonius Eprelio in patrem:

Vitaticætus, ejuratiq; tumultus.

Quintò

Quintò sequuntur *Incendia*. Huc pertinet *tit. ff. de incendio, ruina, naufragio*. Sic alibi quoque sapissimè in Iure Incendium inter casus fortuitos annumeratur, hoc est, si domus vel ejus pars vel alia res fuerit combusta: ut l. 30. *in lege falcidia. in pr. ff. ad leg. falcid. l. 11. si vendita insula. digest. de periculo & commodo rei vendite*. Item §. *cum autem. vers. itaque. Institut. de empt. & vendit.* Nec obstat quod plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium: ut ait Paulus in l. 3. *ff. de offic. praefecti vigilum*: cui congruit, quod scribit Alfenus in d. l. *si vendita. de peric. & com. rei vend.* non posse incendium fieri sine culpâ: intellige, illius qui ignem negligentius habuit, siue custodivit, vel qui ad fornacem obdormivit: qui quidem rem humanam passus esse dicitur ab Ulpiano in l. 37. *si servus servum. §. si quis insulam. ff. ad leg. Aquil.* ex quo videbatur dicendum, Incendia non debere casibus fortuitis, sed potius culpæ annumerari. Respondendum est: verum quidem hoc esse, quod incendium non possit fieri absque alicujus culpa (quanquam nonnulla incendia etiam dolo fiant Incendiariorum, (durch arge list der Mordbrenner) qui videlicet ignem dolo malo injecerunt, sed de eo genere hîc non agimus.) Et tamen illud ipsum damnum quod per incendium datum est, casum esse fortuitum, quod ad nos attinet, quorum neque dolus neque culpa intervenit. Et hanc solutionem suppeditat ipse Ictus in d. l. 11. *si vendita*, cùm ait: *Neque si servorum negligentia factum esset (incendium) continuo dominus in culpa erit*, quasi dicat Alfenus, Incendium respectu quidem servorum contingit culpâ; sed respectu domini vel ejus ad quem res pertinet, est casus fortuitus, qui ad ipsum non pertinebit, neque ab ipso præstari debet. De incendiis (quod obiter indico) per quinque capita diligenter ac succinctè explicat Mynsingerus *cent. 6. observ. 88.* & duo extant doctissima Responsa in consiliis *Academiae nostrae*, quorum unum est Hub. Gifanii, Doctoris mei venerandi, alterum Marquardi Freheri amici magni. Denique de pœnâ Incendiariorum, (quod etiam obiter dico) potest videri constitutio criminalis Caroli Quinti proprio *tit.*

Sextò, addit Ulpianus *Aquarum magnitudines*: significans inundationes & diluvia, seu cataclysmos, quibus sæpè & homines, & jumenta aliaque pecora abripiunt ac suffocantur: adeoque etiam tota ædificia diruuntur ac subvertuntur: maximè prope mare, vel flumina majora. *Inundationem aquæ* vocat Imp. in §. *cum autem emptio. Institut. de empt. & vendit.* Notandum est autem, hujusmodi inundationes non modò in præsens maxima damna dare: sed in futurum quoque magnas sæpè portendere calamitates: cujus rei exempla in lectione historiarum observari & annotari possunt. Atque huc pertinet etiam quam vocant Germani *Volckenbruch*/ quasi dicas, nubium rupturam. Eodem quoque pertinet vis fluminis, qua fundus vel pars ejus aufertur. *vid. d. §. cum autem emptio Institut. de emptione & venditione. & §. præterea. Institut. de rer. divis. & l. 16. ex conducto. §. 2. ff. locati.*

Septimò adjungit Ulpianus *Imperus prædonum*. *Prædo* in Iure duobus ferè modis sumitur: primò pro quolibet possessore malæ fidei, qui quamvis sciat rem ad se nihil pertinere; tamen eam vel invadit atque occupat; vel retinet, sine ulla possidendi causa, sine ullo titulo: tamen si rem vi non rapuerit, neque more latro-

nis

nis prædatus sit. Videatur l. 11. pro herede. §. 1. & 2. ll. seqq. l. 25. sed et si. §. quod autem. & §. si ante. & l. 31. si quid possessor. §. sicut autem. ff. de hered. pet. l. 55. si urbana. ff. de conduct. indebiti. l. 22. si pignore. §. si prado. ff. de pignoratitia actione. l. 5. & l. 13. Pomponius. §. ex facto. ff. de acquir. possessione. Atque ita accipitur etiam in l. 126. inf. h. t. Nemo prado est, qui pretium numeravit: quæ regula totidem verbis extat in l. 23. nec ullam. §. si quis sciens. ff. de hered. pet. Hinc Ulpianus prædonio more versari dixit, in allegata l. 25. §. de eo autem. id est, more possessorum malæ fidei agere. Secundò, quæ significatio huius loci est propria) prado est idem qui latro & latrunculus: & opponitur iusto hosti, hoc est, ei cui sive adversus quem populus Romanus, quivè ipse populo Romano bellum decrevit & indixit. l. 24. Hostes sunt. ff. de captivis & postlim. revers. l. 118. hostes hi sunt. ff. de verb. sign. Sic Cicero in 2. Catilin. prætores direptoresque in eodem genere ponit: & Livius lib. 9. de bello Punico prædatorias classes opponit exercitui Romano. Alio nomine Impetus prædonum appellantur Aggressura latronum: ut in l. 5. Quæ fortuitis. Cod. de pignor. act. & incurfus latronum, in l. 1. C. de positi. & §. Item is cui. Instit. quibus modis re contrah. oblig. ubi coniungitur latronum hostiumve incurfus: ne quis putet, quia in lege nostra prædones tantum nominantur, idcirco hostium incursiones non esse in casibus fortuitis, ut per d. §. manifestè probatur; & per l. 16. ex conducto. §. 2. ff. locati. Nec minus etiam piratarum insidia in casibus fortuitis sunt habendæ. Parvi enim refert, terrâ an mari quis grassetur & prædas agat: sicut ille quondam pirata ab Alexandro Magno captus respondisse scribitur, quærenti, cur myoparone auderet mare infestum habere, & prædas agere? Ego, inquit, idem facio in mari, quod tu in terra. Huc etiam pertinet, effractura latronum; quæ nominatur ab Imp. Antonio, in l. 1. C. de locato, & coniungitur cum periculo vis majoris. Nominatur etiam effractura crimen, in l. 48. quæro, D. de bon. libertorum.

Atque hæc sunt exempla sive species casuum fortuitorum; quæ in h. l. nostra habentur: quibus etiam alia plura addi possunt, ex iure collecta: ut,

Octavo, Ruina, verbi gratia ædium. l. 1. §. & illa quidem. ff. de oblig. & act. & §. Item is cui. Instit. quib. mod. re. & c.

Item Nonò Naufragium, locus jam indicatis: quod tamen intelligendum est cum hac duplici limitatione, quæ est expressa in l. 16. utiq, in fine, & l. 36. qui petitorio. §. 1. in fine. ff. de rei vind. Primùm, modò ne adverso & alieno tempore navis navigatum missa sit. (Quæ autem fuerint apud veteres legitima & idonea navigandi tempora, docet Vegetius lib. 4. de re milit. c. 39.) Secundò, modò ne minus idoneis hominibus fuerit commissa. Nam his casibus si naufragium contigerit, tunc certè præstabitur, neque amplius pro casu fortuito seu fatali damno, habebitur. Scire enim debuit, navem adverso tempore navigatum missam, vel imperitis hominibus commissam, naufragio perituram: & hoc infortunium præcavere & avertere potuit. Sed hæc de re infra commodius, ubi explicabitur, quando & quatenus in contractibus præstentur casus fortuiti, qui regulariter non præstantur. Adhuc autem id potissimum agimus, ut simplices terminos huius legis, sicut in evidentialibus fieri solet ac debet, explicemus.

Decimò, his addendus est *turbo*, quo arbores vel ædificia vel alia dejiuntur! d. §. *Cum autem emptio. Inst. de empt. & vend.* Turbo inter alia significat ventum vehementissimum, versatilem & se contorquentem cum fragore maximo, objecta & obvia quæque deturbantem & prostermentem: quando ut ait Silius Ital. icus l. 8. Insanis turbinibus furit ventus: sive ut Virgilius lib. 1. Georg.

----- Cum turbine nigro

Ferret hyems culmumq; lenem stipulasq; volantes.

Et 2. *Æneid.*

----- Rupto turbine venti

Confligunt.

Unde etiam *prælia ventorum concurrere* alibi dicuntur *cod. lib. 1. Georg.* Huc pertinet *violentia ventorum*; quæ nominatur in l. 24. *fluminum.* §. 4. *Servius. ff. de damno infecto*: & *vis venti* tanta, ut quamvis firma ædificia convellat. l. 43. *damni infecti. in pr. ff. eod. tit.* Exemplum extat in sacra historia Iobi c. 1. Talem quoque ventorum vim incredibilem iratus vitiis nostris Deus nobis immisit in confinio annorum M. DC. XII. & M. DC. XIII. cui similem vix quisquam meminit aliàs extitisse. In rei memoriam scripsi Elegos, quos in gratiam Lectoris hîc inseram.

DE VENTIS SUB INITIUM ANNI M. DC. XIII.

longè lateque per Europam immaniter sævientibus, &
inæstimabilia damna dantibus.

QUID sibi vult tandem venti violentia tanta,
Aëra concutiens anno ineunte novo?
Tecta solo dejecta jacent, compage soluta:
Passim etiam stabula & procubere casa.
Horribilis fragor in silvis auditus opacis
Humanumq; genus terruit atq; feras:
Plurima dum, celso quæ pulsans vertice nubes
Eminuit nuper, concidit arbor humi,
Aut fracta in medio, aut vulsa ab radicibus imis,
Secum alias unoq; impete corripuens.
Aggeribus ruptis in terras se intulit aquor,
Diluvioq; homines obruit & pecora.
Quid memorem tot naufragiis infamia passim
Aequora, submersis mercibus atque viris?
Sed neq; turribus ac templis furor ille pepercit.
Ex alto & gravior facta ruina loco est.
Et quis damna queat numero comprehendere, latè
Tempestas per agros qua truculenta dedit?

Fallor?

*Fallor? an hæc hominum signant praeludia pugnas,
 Armag, in armatas post capienda acies?
 At noster auctor pacis, Pater alme, rogamus,
 Ut jubeas sævum hinc omen abesse procul.
 Turbida tranquilla sed secula pace serenes,
 Accumulesq, annum prosperitate bona.
 Sic tua pectoribus gratis benefacta canemus,
 Plenag, semper erunt laudibus oratus.*

C. R.

Vndecimò, Sic *terre motus*, quo ager ita corruerit, ut nusquam sit, est casus fortuitus & vis major. d. l. 16. §. 2. ff. locati.

Duodecimò exemplum superiori cognatum præbet *chasma*, quo fundus si-ve prædium perierit. l. 11. verum. §. si locupleti. ff. de minoribus. l. 47. Cum res §. ult. ff. de legatis 1. Chasma *μαγνὸν χέλεν*, est hiatus, quo terra discedit, atque dehiscit, & voragine quadam absorbet quicquid supra eam consistebat: sicut factum legimus in historia sacra, quando Core, Datan & Abiram, cæterosque illorum socios seditionis ac rebelles Moyse, vivos ac videntes, cum omnibus ipsorum fortunis, terra absorbit, Numer. 16. vers. 30. & seqq. quod repetitur Deut. c. 11. v. 6. & Ps. 105. vers. 17. dicitur etiam *labes*, à labendo scilicet, id est, corruendo. in l. 16. §. 2. vers. sed etsi *labes*, & in l. ult. ff. locati. Vnde & Cicero lib. 1. de divinatio. conjungit labem cum terre motu: & ait, ad Senatum delatam labem agri Privernatensis, cum terra ad infinitam altitudinem desedisset.

Decimotertiò exemplum casus fortuiti præbent volatilia & insecta quædam, quando inusitata copia & multitudine ingruentia invadunt ac depascuntur segetes & alios fructus: ut *graculi, sturni*, & maximè *locustæ*. Priora duo genera nominantur in l. 16. Ex conducto. §. 2. ff. locati. Et de locustis quanta sæpè damna intulerint, passim apud historicos videre licet: unde non injuria *edax locustarum perniciēs* dicitur in l. 18. Excepto. C. de locato & conducto: & inter decem plagas Egypti una est etiam hæc, quam intulit locustarum multitudo.

Decimoquartò exemplum suppeditant reptilia quædam & vermes frugibus nocivi: ut sunt *eruca*, sive *rauca*. dist. l. 16. Videatur & Cujacius lib. 15. observ. cap. 28.

Decimoquintò, his accedant vitia quædam & quasi morbi frugum. v. g. *Vrèdo*, *rubigo*, & *carbunculus*: accedant quoque *herbanoxia*, quibus segetes corrumpuntur: ut fit, quando

Infelix lolium & steriles dominantur avenæ.

ut ait Virgilius in Georg. Videatur post Cujacium, & Catell. Cottam in memorialibus etiam Gothofredus ad d. l. 16. ff. locati.

Decimosextò, addamus his etiam vitia ex re ipsa nata: v. g. ut est *periculum acoris*, & *mucoris in vino*: hoc est, quando vinum acescit, vel vapescit. Videatur d. l. 16. §. 2. in verb. *veluti si vinum coacuerit*. ff. locati. & l. 1. in pr. & l. 4. si quis vina. digest. de peric. & com. rei vend. quo pertinet etiam *vinum fugiens*, ut appellat Cic. in 3. de off.

F 2

Deci-

Decimoseptimò, casibus fortuitis etiam annumeranda sunt *damna ab aliis hominibus alicubi illata*. Nam quò minùs illa nobis aliquis injuria det, nullà curà, custodià aut diligentia consequi possumus: cum adversus vim custodia parum proficiat. *l. 19. Ad eos. ff. commodati. l. 41. sed de damno. ff. locati. & l. 31. si ea res. in pr. ff. de Act. Empti.*

Et hæc de casibus fortuitis: qui & *improvisi* dicuntur, in *l. 13. A procuratore. Cod. mandati. & fato contingentes* in *l. 11. Verum. §. si locupleti. ff. de minorib.* Vbi Vlpianus scribit, quod *fato contingit*, cuius patrifamilias quamvis diligentissimo potest contingere, cui congruit illud Ciceronis *lib. 5. epistola 17. communem & incertum casum neque vitare quisquam nostrum, neque præstare ullo pacto potest.* Hotom. *lib. 4. observ. c. 7.* omnes hos casus ad quinque genera revocat, I. ad vim divinam, (quæ non solum nominatur in *l. 25. si merces. §. vis major. ff. locati.* sed etiam in *l. 24. §. 4. ff. de damno infecto.*) II. ad vim naturalem. III. ad vim humanam. IV. ad vim bestialem. V. ad vim fluminalem sive fluviaticam, itemque maritimam. Donellus *lib. 16. Comment. juris, c. 6. p. 617.* ait: casus fortuitos vel existere à rebus superioribus, vel inferioribus: & his aut animatis, ut hominibus; ijsque vel conjunctis, ut in exercitu; vel singulis aut privatis: aut à rebus inanimatis. Plura de casibus fortuitis qui vivere avert, is legat Sebast. Medicem, in *tract. quem de illis fecit.*

PROTHEORIÆ CAPVT SEPTIMVM.

PRÆSTARE quàm varias habeat significationes in Latina lingua, & quæ sit hujus loci propria.

PESTAT ex prolégomenis ad *Legem contractus* ultimum caput, quod est de verbo *præstandi*. Eo enim Vlpianus bis in hac lege utitur, & sæpius in *d. l. 5. §. 2. nunc videndum. ff. commodati.* & alii alibi. Igitur *præstare* varias habet significationes, easque elegantissimas omnes. v. g. Primum usurpatur pro excellere, vel antistare: ut cum ait Cicero *lib. 4. de Finib. Virtus præstat ceteris rebus.* & Idem *lib. 2. de legib.* Patriam dicit charitate præstare: & idem in *Bruto*, Mutium Scævola scribit Iuris civilis intelligentia atque omni prudentia præstitisse: & eodem libro, Doctus auditor indocto præstat. & 2. de *Inventione*, suavitatem & brevitatem dicendi alius præstitit Aristoteles: & in *lib. 2. de Orat.* Lepore & humanitate omnibus præstitit Socrates: Et pulcherrimè idem Cicer. 1. de *offic.* Quorum patres aut majores aliqua gloria præstiterunt, ij student plerumque eodem in genere laudis excellere. Item eodem *lib.* Difficile est, præstare omnibus concupieris, servare aequitatem.

Secundò idem valet præstare quod exhibere vel dare, vel etiam adhibere. dicimus præstare alimenta & alimoniam, amorem, benevolentiam, beneficium, commodum, consilium, diligentiam, favorem, felicitatem, fidem, gaudium, honorem, item tutum, intellectum, indemnem vel indemnitatem, iusjurandum, memoriam, munus, obsequium, operam, otium, pacem, pietatem, quæstum,

quæstum, reverentiam, salutem, sapientiam, sedulitatem, silentium, sollicitudinem, vires, vitam, voluptatem &c.

Tertiò præstare est præficere aliquem: ut Ciceroni, in epistola 1. ad Q. Fratrem: *præstare finibus, id est præficere.*

Quartò, præstare est adducere vel sistere aliquem, ut apud Plautum in *Mossellaria*, præstare ante ades. Quæ tamen duæ significationes paulò sunt rariores. Sequentes autem significationes sunt in Iure utilitatissimæ.

Vt Quintò cum dicunt Icti. præstare legata. *tot. tit. ff. de legat. præst.* Item in hac Regula. Rem legatam hæres eo loco præstare debet, in quo à testatore est relicta. *l. 108. si servus legatus. in pr. ff. de legatis 1.* Præstare id est dare, ut exponitur in *l. 38. quod legatur. ff. de iudiciis.* sic legatorum præstatione id est solutione dicitur hæres onerari à testatore, in *l. 98. si plures gradus. ff. de legatis. 3.* sic præstare fidei commissum. Dicitur in *l. 50. ff. de iudiciis.* Sic præstare pecuniam & libertatem, dicitur in *ead. l. 108. §. penult.* & præstare usuras in *l. 1. §. 1. ff. de usuris.* id est solvere vel pendere, quo verbo etiam *ibid.* utitur Papinianus *d. l. 1.*

Sextò dicunt Icti. præstare alteri suas actiones adversus alterum: ut in *d. l. 108. §. Qui in iugaria. ff. de legat. 1.* significare volentes cessionem actionis. Similiter usurpatur verbum in *l. 6. licet. §. ultim. ff. Nauta caup. stabul. & in l. 2. ff. depositi. & l. 31. si ea res. ff. de act. empti:* quod aliàs apud eosdem est, exhibere, mandare, transferre: & utitatis cedere actiones. Hæc enim omnia idem valent: ut docet adversus Accursium Giphanius ad *l. 1. C. de oblig. & action.*

Septima significatio huius loci est propria, *præstare* enim idem hîc valet, quod in se aliquid recipere tuendum, vel etiam cogi aliquid luere, seu resarcire, seu emendare damnum ex ea re datum, vel exortum. Germani dicunt gut sîn etwas sein/ oder gelten. Item, sîn etwas haften oder verbunden vnd verpflichtet sein. Sic dicunt Icti. præstare dolum, culpam latam, levem & levissimam: præstare diligentiam, casum, periculum, interitum, damnum fatale, vel fatum; ut passim alibi, sed maximè in *h. l. nostra. & in l. 5. §. nunc videndum ff. commodati* (ubi etiam verbo exhibendi sic usus est Vlpianus.) & in *l. 108. si servus. §. 12. cum quid tibi legatum. ff. de legatis 1.* Item in *l. 1. C. depositi, & in l. 13. A procuratore. C. Mandati,* sic Cicero in 1. de Orator. *Istam culpam quam vcreris ego præstabo.* Item lib. 6. Epist. ad Torquatum; *Simus igitur ea mente quam ratio & veritas præscribit, ut nihil in vita nobis præstandum præter culpam posemus.* Et lib. 9. ad Petrum. *Nihil esse sapientis præstare præter culpam, d. lib. 1. de orat. Defendebamus, inquit, quidquid fuisset incommodo in mancipio, id si venditor si esset, neq; declarasset præstari debere; & pro Murana, Periculum iudicii præstare debet, qui se nexu obligavit.* Huc pertinet magnopere locus insignis lib. 3. de offic. *Qui sint boni, & quid sit benè agi, magna quaestio est: Quintus quidem Scaevola Pontif. Max. summam vim esse dicebat in omnibus in arbitris, in quibus adderetur, Ex FIDE BONA: Fidei, bona nomen manare latissimè: idq; versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vita societas continetur. In his magni est iudicii statuere, præsertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quæque cuique præstare oportet. Et mox: Nec verò in pradiis solùm ius civile, dictum a natura, malitiam fraudemque vindicat, sed & in mancipiorum venditione, venditorum*

dictorum fraus omnis excluditur. Quod enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestatur edicto Aedilium, & paulo antè eod. libro. Iudex, inquit, ita pronunciavit: cum in venundando, rem eam scisset, & non pronuntiavisset, emptori damnum praestari oportere; Et inferius, Ius Crassus urgebat, quòd vitium venditor non dixisset, sciens id oportere praestari. Quae omnia mirè faciunt ad illustrandum Iuris nostri titulum de Aedilio edicto, videatur maximè l. 17. Quid sit fugitivus §. ult. cum 2. ll. seqq. ff. illor. Neque minùs illustris est locus apud eundem Ciceronem in Topicis ad Trebat, qui simul valde conducit ad Ictorum & Iurisprudentiae amplificandam dignitatem: Privata, inquit, judicia maximarum quidem rerum in Ictorum mihi videntur esse prudentia. Nam & adsunt multum, & adhibentur in consilio, & patronis diligentibus, ad eorum prudentiam confugientibus, hastas ministrant. In omnibus iis Iudiciis in quibus Ex Fide Bona est additum plurimus earum usus est: ubi verò etiam, Vt INTER BONOS BENE AGITUR inprimisque in arbitrio rei uxoriae; in quo est QUOD AEQUIUS MELIUS. parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi equum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, curae cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret: quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.

Et hæc de verbo praestare: cui ut diximus aliquando æquipollet Exhibere: ut culpa exhibetur in d. l. §. §. nunc videndum. ff. commodat. Æquipollent etiam istae formulae: in contractum venit dolum vel culpa, vel diligentia: vel custodia: item contractus recipit dolum, culpam, diligentiam: non recipit casum. Posteriori modo & in hac ipsa l. nostra. Ulpianus non semel loquitur: priore modo cum alibi, tum in d. l. §. ff. commodati. Præterea idem aliàs quoque dici solet, teneri aliquem de dolo, de culpa, de casu: item de eo quanti vel quatenus interest: ut in l. 16. ad comparandas. C. Mandati. Denique idem valet aliquando condemnandum esse de dolo, vel de culpa, ut apud Modestinum lib. 2. differentiarum relato in collatione legis divinae, cum LL. Romanis tit. 10. de deposito.

Vt igitur tandem concludamus, praestare dolum vel culpam, non est, ut imperitior aliquis fortasse putet, committere dolum, vel culpam: sed potius refarcire alteri damnum, dolo vel culpa datum. Significatur enim metonymicè affectus per nomen causae; sive consequens per vocabulum antecedentis: ut rectissimè admonuit Philip. Matthæus ad h. l. n. 3.

PROTHEORIÆ CAPVT OCTAVVM.

DE COMMENDATORIBVS HVIVS LEGIS.



Vt usque fuerunt septem capita prolegomenorum necessariorum & utilium non modò ad hanc legem nostram plenius intelligendam, sed etiam ad alia Iuris Civilis & bonorum auctorum, loca. v. g. primum de

de Inſcriptione huius legis & Auctore ejus Vlpiano; Secundò de ſumma, ſcopo atque intentione huius legis, & aliis locis conſimilibus. Tertio, de contractibus in genere. Quarto de iis quæ veniunt in contractibus vel non veniunt: & in ſpecie, de dolo. Quintò, de culpa. Sextò, de caſu fortuito. Septimò de verbo *præſtare*, quam vim hoc loco illud habeat. His poſtremò etiam Octavum caput addi poſteſt, nempe de celebrioribus interpretibus qui ad hanc legem ſunt commentati. Eorum alii ad totum tit. *de Regulis Iuris* ſcripſerunt; ut Bulgarus, Placentinus, Philip. Decius, Maynerius, Ioan. Ferrarius Montanus, Hieron. Cagnolus. Pet. Faber, Iacobus Ravardus, & utriusque doctòr Cujacius, Chriſtoph. Sturcius, Philip. Matthæus. Alii verò ad hanc duntaxat legem vel paucas prætereà alias, commentati ſunt; ut Ioannes, Igneus, Hugo, Cynus, Campanus, Anton. Contius, (qui Cujacii collega doctiſſimus fuit, Epitaphio quoque verſu glorioſo ab ipſo ornatus:

Hic jacet æternis victurus Contius annis.

Henricus Bocerus, amicus noſter, Hubert. Giphanius, & Marc. Ant. Delrio: qui quidem gloriatur à nemine ante ſe hanc legem ſatis idoneè fuiſſe explicatam, ſe vero novam interpretandi methodum illi adhibuiſſe: in quo ſatis jaſtabundè ſe gerit, nihil alienum faciens à more gentis ſuæ. Eſt enim Hiſpanus. Illud tamen ingenuè; quod fateatur, à quibus fuerit adjutus, nempe in Methodo à Ioach. Hoppero Friſio, qui interpretationem quintuplicem; Hiſtoricam, Etymologicam, Pragmaticam, Analogicam, & Forenſem: In rebus autem ipſis ab aliis commentatoribus.

IN CL

INCIPIT IPSE COMMENTARIUS.

CAPVT PRIMVM.

Continens Legis huius partitionem.

DE INCEPS, à prolegomenis, quæ maioris evidentia, & plenioris intellectus causa præmissimus, ad rem ipsam, id est ad specialem legis nostræ interpretationem accedendum est. Initio autem ad memoriam nobis revocare debemus quadrimembrem partitionem huius legis, quam suprà tradidi *sub 2. cap. prolegomenorum*. Nam Primùm docetur hîc, quid ex natura cuiusque contractus in illum veniat, & quid à contrahentibus sibi invicem sit præstandum: ubi inquam dolus tantùm præstetur, & (quæ sub hoc in contractibus semper comprehenditur) lata culpa: ubi præsertim supra dolum & latam culpam, simul etiam levis culpa, (quæ & absolutè culpa dicitur) præstanda veniat: denique ubi præter dolum ac latam & levem culpam insuper etiam diligentia sive levissima culpa præstetur. Secundò traditur Exceptio: Extra quam si quid pacto incontinenti adjecto fuerit de consueta & ordinaria sive regulari natura alicuius contractus fortè immutatum: quod sit vel detrahendo vel adjiciendo quidpiam, ut suo loco infra explicabitur. Tertiò subijcitur exceptio huius exceptionis, sive quasi replicatio quædam; Nisi pactum fuerit injustum, & inutile: ut declaratur, quamnam pacta sint inutilia & injusta, sive à Iure bonisque moribus exorbitantia & improbata. Quartò & Vltimò, afferuntur casus fortuiti, qui à nemine in ullo bonæ fidei contractu sive negotio præstandi sint regulariter: nisi fortè aliud quid accesserit: puta quòd quis pacto in se receperit periculum sive casum: vel quòd culpa aliqua ipsius intervenerit, ex qua deinde casus & interitus rei fuerit secutus: quam interpretes vocant *culpam ad casum ordinatam*.

Alii tantùm tres huius legis partes constituunt: nempe ut secunda incipiat ibi: *Sed hæc ita &c.* Tertia ibi: *animalium verò casus &c.* Quam partitionem etiam Doctis. Contius retinet. Sed non erat prætereunda etiam illa pars de pactis inutilibus, quæ est in vers. *excepto eo*: ac propterea Delrio secundam partem subdividit in duas alias: videlicet in regulam de pactis eorumque effectum in immutandis contractibus; & in regulam exceptionem. Quod eòdem fere cum nostra partitione recidit: extrà quàm quòd Ictus de pactis non tam ut regulam, quàm ut exceptionem à regula affert: quod satis indicant particula *Nisi si*; quæ sunt notæ exceptionis: ut docui *ad tit. de Except. in Instit.* Non nego tamen, posse unam eandemque

demque sententiam diverso respectu dici nunc Regulam, nunc Exceptionem.

Dicam, si potero, etiam planius, quid hac lege agatur: Tota hæc lex absolvitur Quatuor principalibus & latioribus propositionibus. Prima hæc est: Contractuum alii ex natura sua sive regulariter dolum tantum recipiunt: sub quo etiam latam culpam semper intelligimus: & hi quidem sunt paucissimi. Alii dolum & culpam: hoc est dolum, latam & levem culpam, qui quidem sunt plures: alii denique etiam diligentiam h.e. præter dolum & latam ac levem culpam etiam levissimam: qui sunt item pauciores. Secunda propositio principalis est ista: Pactis, vel detrahentibus vel adjicientibus, aliquid potest de natura & regula contractuum immutari: & quod pacto inter contrahentes placuerit, hoc servandum atque custodiendum est: cum det legem contractui: Tertia propositio hæc est: Pacta injusta & inutilia non sunt in contractibus servanda: neque informant contractus vel actionem pariunt, vel exceptionem: v.g. quibus dolus remittitur, sive cum quis paciscitur, ne de dolo futuro secum agatur. Quarta est propositio: Casus fortuiti, seu fatales, atque improvisi, in nullo bonæ fidei iudicio præstandi sunt: Quorum quidem exempla aliquot hic recensentur. Sunt præterea plures speciales propositiones in *h.l.* involutæ, quæ sub prima comprehenduntur. De his infra separatim agetur.

CAPVT SECVNDVM.

De Prima Parte huius legis.

IDEAMUS igitur primò: quid unusquisque contractus recipiat ex natura sua: (sic enim eleganter suppleunt Harmenopulus, & Contius, quod absolute dixerat Vlpianus, *Contractus quidam recipiunt.*) & quid is qui ex eo est obligatus, alteri præstare debeat regulariter: ubi pauca præmonuero; ut primò, nomen *contractus* hic includere etiam quasi contractus; ut perspicuum est, ex tutelæ & negotiorum gestione inter exempla hic allatis. notum est enim hos esse quasi contractus. §. 1. & *tutores Institut. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc.* Deinde contractus & quasi contractus hic enumeratos, sive actiones inde ortas, omnes esse bonæ fidei. Quod etiam satis indicat Vlpianus illis verbis *hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium est*: idemque & Anton. Contius bis tervè ad *h. l.* admonet. Tertiò non omnes etiam bonæ fidei contractus hic enumeratos esse. Sunt enim plures quàm hi duodecim qui hic recensentur; ut videre licet in §. *Actionum. Institut. de act.* Omittitur quippe *arrhe datio*: quæ tamen etiam est contractus, non minùs quàm pignoris datio; & quidem est contractus bonæ fidei: ut docui ad *init. tit. Institut. de emptione & vendit.* videatur & *tit. Cod. de sponsalib. & arrhis sponsalitiis*, & *tit. Cod. si rector provincia vel ad eum pertinentes sponsalitiis dederint arrhas.* Omittitur quoque *permutatio*, quæ est contractus similis emptioni & venditioni. §. *item pretium* & §. *diversa scholæ auctor. Institut. de empt. & vendit. l. 1. digest. de contrahenda empt. l. 1. ff. de rerum permut. & l. 5. Naturales. §. 1. ff. de præscriptis verbis.* Omittitur etiam *Æstimatio*: de qua est *tit. in digest. de æstimat. action. & in d. §. Actionum.* in verbis quæ de *æstimato* proponitur. *Institut.*

de Actionib. Omittitur denique *divortium*: tametsi hoc potius est distractus matrimonii quàm contractus, ut rectissimè admonet Ant. Contiùs. Verùm ut maximè illi contractus, & fortassè alii quoque, hìc sint omissi: tamen sciendum est, exempla non restringere regulam, sed illustrare. Nam neq; omnes casus fortuiti hìc afferuntur in vers. *animalium*. Sed sunt multò plures, ut suprà demonstravimus.

Priusquam autem enunciationes aliquot specialiores ex hac lege colligamus, exemplo Antonii Contii, (qui verissimè & doctissimè monuit, Sicut tot sunt stipulationes quot sunt res: sic etiam tot esse hìc simplices enunciationes quot sunt res.) illud meminisse debemus, posse etiam altiùs ascendi, ut generalem regulam ita quàm brevissimè concipiamus quadri partitò: In omni contractu dolum præstandum esse: & ne præstetur, de pacto quidem effici posse: In nullo contractu casum fortuitum: in quibusdàm culpam præstari debere, scilicet levem: In aliis insuper etiam diligentiam, id est culpam levissimam. Ratio de prima parte, cur inquam dolum ubique sit præstandus, ac ne remitti quidem in futurum possit, hæc est: quia dolum est planè voluntariæ malitiæ, & ad delinquendum impellit: proindeque non debet tolerari, neque impunitus esse. De altera parte, id est, cur casus fortuitus in nullo contractu præstetur, ratio est: quia hic planè præter voluntatem & invitis accidit: nec est in potestate hominis eum evitare, ut suprà docui: ideoque est meritò extra pœnam. Deniq; de culpa, cur & illa in quibusdàm præstetur contractibus, ratio est: quia hæc est voluntaria: sive quia eam declinare, eaq; vacare, non est supra hominis vires. Cur autem in quibusdàm sufficiat præstare dolum, in aliis levem culpam, in aliis hoc ampliùs etiam levissima culpa præstanda sit; ratio redditur ab Vlpiano in l. 5. §. 2. nunc videndum est. ff. commodati, & in l. 108. Si servus §. cum quid. ff. de legat. 1. quæ est lex Africani, de qua & Cuiacius videatur in tractatu 5. ad Afric. sed hæc omnia meliùs intelligentur infrà in progressu explanationis. Ad hunc locum pertinet præclara illa disputatio Aristotelis, init. lib. 3. Ethic. quæ magnum lumen afferre potest, tam huic nostræ tractationi quàm universo Iuri civili & actionibus humanis, quarum ibi principia traduntur: de iis scilicet, quæ spontè vel invitè facta sunt.

Sed jam dictis nonnulla obstare videntur: quæ breviter diluemus. Nam 1. ei quod diximus, dolum in quolibet contractu præstandum esse: (hoc est, ab omnibus contractibus dolum malum abesse atque exulare oportere; sive contractus aliquis sit bonæ fidei, sive sit stricti Iuris: cum hoc tamen discrimine ut bonæ fidei contractus, cui dolum causam dedit, ipso Iure sit nullus; stricti autem Iuris contractus valeat quidem mero Iure, sed tamen ope exceptionis doli corrigatur: ut explicantur in l. 7. Et elegantur. §. hoc enim. ff. de dolo malo. & in l. 36. si quis cum aliter. ff. de verb. obl. videantur & h. l. l. 57. domum. in f. ff. de contab. empt. l. 3. in contractibus. C. quib. ex causis majores. l. 4. Bonam fidem C. de obl. & act. l. 31. Bonæ fides. ff. de positi. l. 59. si mandatu. §. Paulus. ff. Mandati. l. 5. si dolo. C. de rescind. vend. l. 16. In causa §. 1. ff. de minorib.) Ei ergo obstare videtur, quod hac ipsa leg. nostra ab Vlpiano dicitur: *contractus quidam dolum malum recipiunt*. Hinc enim ita quis argumentabitur: si QUIDAM tantum recipiunt dolum malum, ergo non in omnibus contractibus dolum est præstandus. Resp. Non hoc vult Vlpianus, quasi quidam sint contractus, in quibus

bus dolus malus non præstetur, sed impunè possit committi. Hoc enim falsum & absurdum esset, plurimisque aliis locis, quorum præcipuos modò adduxi, manifestè repugnaret. Non igitur talem facit anthitesin IC. Alii contractus recipiunt dolum; alii recipiunt: h.e. aliqui sunt contractus in quibus dolus præstatur, aliqui in quibus non præstatur: Sed hæc potius ejus mens est, ut ex toto contextu apparet, quod discrimen facit inter contractus bonæ fidei, eorumque nonnullos esse ait in quibus tantum dolus præstetur: & sub eo comprehensa vel subintellecta lata culpa, quæ reprehendat dolum, & prope dolum & instar doli est: nonnullos verò esse in quibus præter dolum præstetur etiam culpa, videlicet levis: Deniq; nonnullos, in quibus etiam diligentia, i.e. levissima culpa veniat præstanda. Non quasi dolus in secundo & tertio genere non debeat præstari: immò verò maximè in his etiam dolus præstandus venit semper enim hoc pro certo tenendum est: à quocunque id quod plus est, exigitur, ab eodem multò magis id etiam exigi quod minus est: cum in eo quod plus est semper insit minus, ut ait Paulus in l. 111. in pr. inf. h. tit. v. g. plus est præstare diligentiam, seu levissimam culpam, quam levem: ergo qui tenetur de culpa levissima: idem multo magis etiam de levi culpa tenetur: item plus est præstare levem culpam, quàm latam culpam: ergo qui de levi culpa tenetur: idem multò magis præstare debebit, si quid per latam culpam seu magnam negligentiam dederit damni. Deniq; minùs est & levius teneri de dolo tantum, quàm etiam de culpa: ergo qui tenetur de culpa, idem etiam, & multò quidem magis, tenebitur, si dolo quid admiserit. Hæc autem omnia non convertuntur. Neq; enim ubicunque dolus præstari debet, ibi etiam culpa aut diligentia præstanda venit. Et hæc de priori objectione.

Sequitur paulò gravior altera. Nam quod diximus, in omnibus contractibus dolum præstandum esse, huic obstare videtur. l. 16. in cause. §. pen. ff. de minoribus & l. 22. Item si pretio. §. ult. ff. locati. Priore loco ait Ulpianus & dicti sui auctorem laudat Pomponium in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. In altera lege ait Paulus, & in emendo vendendoque, & in locationibus quoque & conductionibus naturaliter concessum esse invicem se circumscribere. Permissa igitur in contractibus circumventionem & circumscriptionem, permissus intelligi debet dolus. Nam circumscriptum vel circumventum esse nihil aliud est quam deceptum esse dolo malo, quibus verbis sæpè utuntur IC. cum de dolo ac deceptione loquuntur: immò etiam Cicero cum lib. 3. de officiis, ait, circumscriptionem adolescentum vindicatam esse lege Lætoris: & in oratione pro Cluentio inquit: Cum omnis ab his fraus, omnes infidie circumscriptionesq; adolescentium nascerentur &c. Sic & Iurisperiti: ut in leg. 1. §. dolum in verbis: ut quis circumveniat & in leg. 5. in verbis si quis pupillus circumscriptus sit, & in leg. 7. in pr. in verbis, si minor consilio servi circumscriptus. & mox: si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est. & in leg. 16. Item excidit. in verbis: scire enim debet Actor in qua re circumscriptus sit: & in leg. 18. Arbitrio. §. dolo in verbis. ne lex circumscribatur. ff. de dolo malo. Ne lex circumscribatur: hoc est, ne quid in fraudem legis fiat retentis quidem verbis eius, sed violata sententia, ut alibi dicitur. leg. 29. contra legem, ut etiam verbo

circumveniendi Paulus utitur, & in l. 30. *fraus enim legi fit.* ff. de ll. Quo modo etiam *circumscribi iura* legimus apud Lactantium in *Epitome divm. Inst. c. 3.* *Circumscribi etiam iura coeperunt: siquidem ipsi Praefides Legum praemis muneribusq; corrupti, vel in remunerationem malorum, vel in perniciem iustorum sententias venditabant.* Sic & l. 9. *si ex causa.* §. 1. in verbis: *si totum patrimonium circumscripta in dotem &c.* & l. 16. in *causa.* §. 1. *si minor circumscriptus societatem coierit,* & l. 17. *Praefecti.* in verbis: *vel adversarii circumventionis.* & in l. 41. *si Iudex circumvento in venditione adolescenti.* ff. de minoribus. Sic religio iudicis *circumventa* legitur in l. 33. D. Hadrian. D. de re judic. & alibi. Sic Paulus in l. 7. §. 1. ff. de Except. *Si quis fidejusserit pro minore 25. annis circumscripto, id est, decepto per dolum malum.* Eodem igitur modo etiam in supra dd. duab. ll. videntur accipienda verba *circumscribere,* & *circumvenire;* ut scilicet in illis contineatur dolus malus, qui in contractibus probetur. Sed illo modo existimandum est, tantos viros, qui aequitatis ac iustitiae alioquin studiosissimi fuerunt, approbatores, patronos, & auctores doli & perfidiae extitisse: quibus potius Ius civile ubiq; maximè resistit & occurrit, quantum potuit: *argument. totius tit. de dolo malo.* & tit. ff. *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* juncto tit. Cod. de revocandis his quae in fraudem creditorum. & tit. *si quid in fraudem patroni,* & §. in fraudem. Instit. qui & ex quibus causis manumit. non poss. & §. Item si quis in fraud. tit. Instit. de Actionibus, item *argumento tit. Quod quisque lurs &c.* & tit. de alienatione Iudicii mutandi causa facta. cum locis similibus: ut ita minimè sit credendum aut verisimile tantoperè Ius Civile hac in re à semetipso dissidere, ut fraudem ac dolum, quem alibi improbat, excludit & rescindit, duobus illis in locis voluerit probare ac permittere: quasi oblitum sui ipsius.

Vera autem illorum locorum sententia, quae ex ipsismet earundem legum verbis manifestò colligitur, hæc est: Quod naturaliter liceat & concessum sit contrahentibus se circumvenire & se invicem circumscribere, non quolibet modo aut qualibet in re; sed, ut sunt verba dictarum legum, in Pretio emptionis, & venditionis, item in Mercede locationis & conductionis; nempe ut quis quod pluris sit, minoris emat, vel conducatur; & contra, quod minoris sit, pluris vendat vel alteri locet. Hæc, inquam, circumventio, & hæc circumscriptio, contrahentibus est concessa; quæ tamen non est fraus vel deceptio, vel dolus; sed est industria, & solertia atque vigilantia, in rebus suis & commodis, absque alterius incommodo & detrimento augendis & amplificandis; estque concessa ac licita naturaliter, hoc est Iure Gentium, ut Gothofredus interpretatur. Possumus etiam naturaliter accipere, pro non repugnante aequitati naturali; cum unicuique liceat suam augere commoda, suam rem bene gerere, sibi vigilare, suam conditionem facere meliorem, absq; alterius injuriâ; vel denique naturaliter interpretari licet, cum Cujacio ad libr. 34. Pauli ad edict. de natura horum contractuum emptionis & locationis. Natura illa est: quod pretium rei non est uniusmodi & semper certum, quasi in puncto mathematico positum; sed est varium & instabile, pro temporum diversitate, pro regionibus, pro copia, vel paucitate rerum, denique pro cuiusque necessitate, vel parva, vel magna, vel nulla. (unde est illud vetus: *Asse carum est, quod non est utile vel necessarium*; & præceptum æconomicum huc pertinet:

Non

Non Enas, quod non opus est, sed quod necesse est.) Sic & in locatione & conductione, (quæ iisdem penè regulis Iuris cum emptione & venditione consistere, eique proxima esse dicitur initio tit. *Instit. de locat. & conduct. l. 2. D. locati.*) mensura mercedis sive locarii est, usus & utilitas rei: quæ mensura cum variet multis modis; nihil mirum est, si ipsa quoque mercedis quantitas non sit uniusmodi, sed varia & inconstans: quoad definiatur & determinetur certaue fiat conventionem contrahentium. Sed & hoc pertinet ad naturam horum contractuum, quod diversum sit votum emptoris & venditoris; nec non votum locatoris & conductoris: sicut de emptore & venditore eleganter explicat *l. 8. Codic. de rescind. vendit.* quæ omnia etiam ad locatorem & conductorem pulchrè accommodari possunt. Venditor hoc animo & voto contrahendum accedit, ut quam potest maximo pretio & carissimè vendat: quod quidem ipsi minimè vertendum est vitio: cum nemo prohibeatur conditionem suam facere meliorem absque alterius injuria: & cum lucri causa soleant homines contrahere *arg. l. 25. Actionum. §. 1. de obligat. & act.* in verbis: *ex contractu actio est quoties quis sui lucri causa cum alio contrahit.* Iure autem suo qui utitur, is nemini facit injuriam. Contrà, Emptor hoc animo & voto prædictus est, ut cupiat quàm minimo rem comparare. Quam in sententiam multa habet Seneca in *libb. de beneficiis*, maximè *lib. 6. cap. 38.* & Terentius eòdem alludit, cum ait in *Eunucho*; *Enas quam potes minimo, si parvo non potes, at quanti queas.* Ut autem ex hac discrepantia & diversitate votorum & voluntatum uterque contrahentium tandem in unum conveniat, longo sæpè tractatu opus est: in quo emptor quidem aliquid offert ad licitationem sive indicationem venditoris: venditor autem de priore summa quam initio nominaverat, aliquid remittit, quasi descendens: emptor priori summa aliquid adjicit: venditor rursus aliquid remittit: quousque tandem in unum consentiant, certum ac definitum pretium: ut & *d. l. 8.* hunc tractatum eleganter describit & comprobat communis vitæ experientia quotidiana, in rerum maximè immobilium & pretiosarum emptione & venditione: nec minus etiam in locatione & conductione rerum. Ad hunc ergo modum utrinque definita quantitate vel pretii vel mercedis, contractus est perfectus, & ita quidem ut amplius ab eo resilire, alteruter non possit invito altero. Excipitur duntaxat nimia defraudatio: h. e. nisi quis deceptus sit ac læsus ultra dimidium justî pretii, ut est comprehensum in illa nobilissima *l. 2. Rem majoris. C. de rescind. vend.* Ad quam latissimi extant Doctorum Commentarii, & maximè Arij Pinelli. Tunc enim potest peti rescissio contractus: quâ petitâ, est in arbitrio Rei, utrum velit rem restituere, an verò id quod alteri abest, usque ad dimidium justî pretii suplere, *d. l. 2.* Ex quibus omnibus satis apparet, dictis legibus minimè probari, vel à Iurisconsultis admitti dolum malum in Contractibus.

His ita in genere expositis, deinceps ad speciem descendamus, hoc est, videamus de singulis contractibus bonæ fidei: primum quidem in h. l. enumeratis: deinde etiam de aliis hîc prætermisiss: quid in unoquoque illorum præstandum sit.

CAPVT TERTIVM.

DE DEPOSITO.

REGULA est *Contractus depositi dolum tantum recipit*: hoc est, ex natura depositi est, ut in eo præter dolum nihil præstetur, (sub dolo autem etiam lata culpa in contractibus venit & comprehenditur, ut & supra admonui,) sive depositarius, hoc est, is apud quem res aliqua deponitur, ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit. Extat hæc Regula non solum hinc, sed etiam in l. 5. si ut certo. §. nunc videndum. ff. supra commodati. & in l. 1. §. 8. si vestimenta. §. ult. ff. depositi. & in l. 1. Cod. eod. tit. & l. 1. §. Is quoque, digest. de obligationibus & actionibus. & §. præterea. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. Congruit etiam Modestinus, qui ad hunc modum scribit in fragmentis ex libr. 2. Differentiarum. in libello, qui inscribitur LEX DEI, Qui depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Intellige de culpa levi, ut supra dictum. Nam de lata culpa certe tenetur. l. 32. Quod Nerva. ff. Depositum. & d. l. 1. C. eod. & d. §. Is quoque. in fin. Institut. quib. mod. re contrah. oblig. Ratio autem huius regulæ redditur illa: Quia in deposito nulla versatur utilitas ejus apud quem deponitur: sed illius duntaxat, qui rem apud alterum deponit, & ipsius fidei committit, atque commendat: Vnde etiam commendatum interdum usurpatur pro deposito: ut in l. 6. Is penes quem. & l. 9. Cum hereditas. C. Depositum. Nam commendare nihil aliud est quam deponere, ut ait Vlpianus in l. 186. de verb. sign. Sed interdum reperias commendatum depravari à librariis, & perperam mutari in commodatum: quæ duo plurimum differunt. Nam commodatum fit & conceditur ad usum; unde etiam sæpè utendum datum solet appellari: sed commendatum, (id est, depositum) non debet in suos usus convertere is, cui res commendata, sive apud quem deposita est. Exemplum talis depravationis sive permutationis, geminum extat in d. fragmento Modestini, quod ibi etiam annotavit Petrus Pithæus. Et aliud est in l. ult. C. commodati, quod etiam observavit Cujacius. Nam pro eo quod vulgò legitur: *prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*: corrigendum monet, *restitutio commendati*: ut hæc sit sententia, Repetenti restitutionem depositi non posse objici compensationem. l. pen. C. Depositum, & l. ult. prope finem. C. de compensat. Atque ita potius sub tit. depositi, ea lex fuisset ponenda, quam sub tit. commodati. à quo putat Cujacius eam esse alienam & fugitivam. Tamen si non ignorem, Ioan. Oldendorpium class. 4. actione 15. defendere vulgatam lectionem; quam ita accipit quasi loquatur de alio debito non pertinente ad rem commodatam. Sed hæc obiter, nec tamen ut puto inutiliter, de verbo commendandi, in significatione depositi. Nunc ad rationem Regulæ revertamur. Ea extat in d. l. 5. ff. commod. & in l. 108. si servus legatus. §. Cum quid. ff. de legat. 1. & apud Modest. in d. l. ex lib. 2. diff. Ex quibus locis sumitur hæc, quæ etiam generalior est, regula: In quocunq; contractu bonæ fidei, unius contrahentium solius commodum versatur, in eo con-

eo contractu hoc servatur, ut dolus malus tantummodò præstetur. Hinc majori propositioni jam addatur minor: Atqui in deposito versatur tantum unius commodum, nempe illius qui deposuit; depositarii verò nullum. Illius enim interest, rem suam in tuto apud amicum esse collocatam: Huius verò non interest, neque inde ditior fit. Ergo in deposito, qui ex eo contractu convenitur, dolum duntaxat præstare debet. Nam si quid ultra dolum præstare cogeretur, tum verò nimis gravaretur ob eam rem, ex qua nulla utilitas ad ipsum redit: quod ab æquitate alienum Legislatores existimarunt. Ex iisdem locis sumitur & altera Regula generalior: In quocunque contractu bonæ fidei, utriusque contrahentis commodum versatur, in eo hoc servatur, ut non solum dolus malus, sed etiam culpa præstetur. Cujus ratio est, quia hunc ad quem ex contractu redit utilitas non minus quam ad alterum etiam ad quiddam amplius obligari & teneri æquum est. Sed de hac Regula infra plenius dicemus. Accedit ad priorem rationem etiam altera, in d. l. 1. §. *Is quoque*. ff. de obl. & act. quæ etiam ab Imper. in §. *præterea*. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. Quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, id est, apud talem deponit, non ei, sed suæ facilitati imputare, & de se queri debet. Sed hæc tamen ratio non tam est apta, nec tam bene stringit aut unget, ut prior. Nam & de eo qui parum diligentem socium sibi assumpsit, similiter dici solet, ipsum de se queri, & sibi imputare debere: & tamen in societate non tantum dolus, sed etiam culpa præstatur. §. *ultim.* Instit. de societate, & l. 52. cum duob. §. 2. *utrum*, & l. 72. *socius socio*. ff. pro socio. Quamquam hæc de re olim dubitatum fuisse ex istis locis apparet: quibusdam existimantibus, in societate quoque dolum duntaxat præstandum esse: propter rationem modò dictam.

Porro quomodo & quatenus de dolo teneantur heredes depositarii vel non, videatur in l. 9. l. *depositi*. & l. seq. cum l. 22. *si duo heredes*. ff. *depositi*. item in l. 8. *si is qui*. C. cod. tit. Summa hæc est: ex dolo defuncti depositarii non tenentur heredes, nisi quatenus ad eos pervenit: ex suo autem & proprio tenentur, & quidem in sol. dum. Videatur hæc de re etiam Oldendorpius in *class. tit. de Att. depositi*. Quomodo item depositi agant plures hæredes deponentis, videatur in l. 1. §. 36. *si pecunia*. & §. *apud Iulianum*. ff. *depositi*.

Queritur hoc loco, quid si Depositarius rem apud se depositam porro alteri dederit servandam, & posterior depositarius solus, non etiam prior, dolo quid fecerit circa rem depositam, aut latam culpam admiserit? Hæc de re est *lex 16. si is apud quem*. ff. *depositi*: quæ sic breviter est explicanda: Qui primus rem deposuit, is nullam actionem habet adversus eum, cui secundo res commendata est à priore depositario. Nihil enim cum eo contraxit. videbatur etiam agere non posse contra priorem depositarium, cui ipse rem servandam dedit, quia is apud alium porro deponendo, nullum commisit dolum, neque latam culpam. Hoc autem solo nomine deponentarius tenetur, ut supra dictum. Veruntamen quia iniquum esset eum, qui primus rem deposuit, non habere actionem ad rei restitutionem (hoc enim potissimum agitur iudicio depositi, ut res restituatur) hoc inventum est remedium, ut agat ille quidem depositi adversus priorem depositarium, cum quo ipse contraxit: sed tamen hic liberetur præstanda actione sua depositi, quam habet

habet contra posteriorem. Quomodo etiam aliàs præstita actione siue cessione quis liberatur: ut est exemplum *sub hoc ipso tit. depositi, in l. 1. §. 11. si te rogavero*. Dixi, primum deponentem nullam habere actionem adversus secundum depositarium, apud quem prior depositarius rem porro deposuit. Sed hoc intelligi volo primum de actione directa depositi: quæ non datur primo deponenti, nisi cessæ fuerit à secundo deponente. Interim tamen non nego, utilem actionem ipsi dari etiam sine cessione: sicut eam dat Paulus *lib. 2. sentent. tit. 12. de deposito*. Deinde quod dixi, nullam actionem ipsum habere, qui primò deposuit adversus secundum depositarium: hoc intelligi debet, de personali actione, quæ scilicet ex contractu depositi descendit, qui contractus hîc deficit. Interim tamen non nego, posse eum contra secundum depositarium, apud quem res extat, instituta Rei vindicatione eam repetere ab ipso, si nimirum actor sit Dominus, idque probare possit: Sed si vel non extet res, vel non possit primus deponens probare dominium, (cujus sæpè est difficilis probatio, ut taceam quod etiam res alieni Iuris & non tantum deponentis propria deponi possit, teste Paulo *d. loc. in sent.*) tunc nullam neque in personam, (videlicet directam,) neque in rem actionem habere poterit contra secundum depositarium. Quod autem dixi de rei vindicatione, si res extet, hæc sententia optimè probatur *per l. 8. si is qui depositam. C. depositi*. Atque hæc de nobili illâ lege Africani, continente casum quotidianum, sic dicta jungi velim ad explicationem Cujacii, *tract. 7. ad Africanum*.

Hactenus de REGULA: quæ etiam probatur ultra superiora loca per Paulum *lib. 2. sent. tit. de deposito*, ubi ait: *Ob res depositas dolus tantum præstari solet*. Probatur item per unam & alteram constitutionem Imperatorum, relata in libello, *cujus tit. est LEX DEI, tit. 10*. Dictum est etiam de Rationibus hujus Regulæ. Proximum nunc est, ut adjungamus quasdam EXCEPTIONES, quibus regula superior vitiatur & officium suum perdit. Non enim id quod diximus, est perpetuum, ut depositarius ultra dolum nihil necesse habeat præstare,

PRIMA igitur Exceptio est: si non aliud specialiter convenit. *l. 1. §. 35. sæpè evenit. in verb. si hoc nominatim convenit. ff. depositi. & l. 1. C. eod. tit. & l. 5. §. 2. in verbis: aut si hoc ab initio convenit. ff. commodati*. Denique in constitut. In pp. quæ extat *d. tit. 10. in libello, LEX DEI incipiente, Is qui depositum suscipit*, hoc est, nisi inter deponentem & depositarium intervenerit pactum, ut depositarius aliquid amplius præstaret ultra dolum & latam culpam: puta levem: aut etiam levissimam culpam: immò etiam casum fortuitum siue periculum ab incurfu latronum aut prædonum, item ab incendio vel aliunde impendens vel contingens. - Ratio exceptionis est apud Vlpianum *in l. 1. §. 6. si convenit. ff. depositi*: quia contractus legem ex conventionione accipiunt. Cui congruit quod *in h. nostrâ l. idem Vlpianus* dicit: *quod initio convenit legem contractui dedit*. Idemque etiam in Regulas Iuris Pontificii est relatum: ubi ait Bonifacius VIII. *Contractus ex conventionione legem accipere dignoscuntur, cap. 85. contractus, de Reg. jur. in sexto*. Quibus omnibus in locis legem ita intelligere debemus, ut significet conditionem siue formam: quomodo alibi Vlpianus scribit, contrahentes dare formam contractui in stipulationibus conventionalibus. *l. 52. in conventionalib. ff. de verb. oblig.* ubi mox eodem modo

modo & significatu verbo Legis utitur, dicens: *Prætorie stipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, qui eas proposuit*: hoc est, Prætor informat prætorias stipulationes. Informare actionem, & legem dare contractui, pro eodem usurpat idem Ulpianus in l. 7. *iuris gentium*. §. *quin imo*. ff. de pactis. Idem quoque valet quod dicitur, pacta conventa inesse judiciis sive actionibus. *dist. l. 7. §. quin imo*. ff. de pactis. & l. 40. *lecta*. ff. de reb. creditis. aliisque in locis maximè in l. 72. *pacta conventa*. ff. de contrahenda emptione. ubi Papinianus ait, etiam illa contineri contractui. Idemque Papinianus in l. 24. *Lucius Titius* in f. ff. de positi, ait: *Lex contractus servabitur*.

Si quis porro & ulterius querat, Quare conventio legem det contractui? sive Quare pacta conventa insint contractui, & actioni ex eo seu iudicio? Quare denique foment actionem? Respondebimus, quia legislatores æquum esse arbitrati sunt, ut ea libertas paciscendi arbitrio contrahentium relinqueretur: & quia scientiæ volenti non fit injuria, neque dolus: sibi enim imputare debet; qui cum aliqui teneretur de dolo duntaxat, ex deposito quod recepit; passus est, sese obligari in conditionem duriores: v.g. ut etiam de culpa, & de periculo interitus, vel deteriorationis, deponenti teneretur. Hinc fit, ut tamen si usura in deposito regulariter non præstentur à depositario ante moram restitutionis, sed tantum post moram vel usum rei depositariæ arg. l. 25. *die consaliorum*. §. 1. ff. de positi. & l. 2. §. 4. *Cod. cod.* tamen depositarius possit pacto se obligare etiam ad usuras ante moram præstandas: quæ res egreditur notissimos terminos depositi. l. 24. *Lucius Titius*. ff. de positi. Atque hæc de prima exceptione: quæ quidem communis est omnium contractuum; ut infra intelligetur, cum dicetur de vi pactorum in contractibus, quæ longè maxima est.

ALTERA Exceptio est, nisi quis deposito se obtulerit. Tunc enim periculo depositi eatenus se illigabit, ut non solum dolum, sed & culpam (nempe levem) & custodiam præstet; securus tamen de casibus fortuitis. l. 1. §. 35. *sape evenit*. ff. de positi. Ratio istius exceptionis, ne quis eam fortè ut absurdam & iniquam iniretur, hæc mihi esse videtur: quia qui operam suam alteri offert, in re suscipienda, is non solum ipso facto plus alteri de se polliceri videtur, quàm cuius fidem deponens elegit: sed etiam offerendo se, obstat deponenti, quod minus arbitrato suo alium quempiam eligat, cui rem suam committat servandam. arg. l. 17. *in commodato*. §. *si ut autem*. vers. *ut accidit*. ff. commodati. & arg. l. 6. *si pupilli*. §. *ult. digest. de negotiis gestis*.

TERTIA est exceptio in l. 5. §. 2. ff. commodati: Nisi fortè & merces accesserit: hoc est, nisi deponens depositario mercedis loco aliquid dederit. Videtur autem hæc exceptio per aliquam constitutionem Imperialem introducta esse: quod colligo ex illis verbis Ulpiani in d. l. 5. *ut est constitutum*. Sic enim solent ICI loqui de iure aliquo per constitutionem Principum introducto. Ratio hujus exceptionis esse potest, quia hoc casu ex mercede aliqua reddit utilitas ad depositarium: qui proinde meritò arctius etiam obligari debet, quàm alius qui nihil commodi ex re deposita percipit. Dicit aliquis, Atqui interveniente mercede incipit esse locatio conductio. l. 1. §. 8. *si vestimenta* & §. seq. ff. de positi. Nam ubicunq; intervenit

H

ope-

opera ab una parte, & merces ab altera, ibi & contractus locationis. *initio tit. Infi. de locat. & conduct.* Non igitur amplius est contractus depositi. Nam depositum est gratuitum, sicut & commodatum & mandatum. *l. 17. in commodato. §. sicut. ff. commodati. & §. item is cui res. inf. Infi. quibus mod. re contr. l. ult. ff. depositi*: usque adeò, ut turpiter quis accipiat, quod ob rem depositam sibi dari postulat aliàs non restitutus: & ut conditione ob turpem causam hoc nomine teneatur. Ergo hæc Exceptio videtur esse aliena atque impertinens. Respondeo: Mercedem *in di. l. 5.* non propriè, sed abusivè accipi, videlicet pro honorario aliquo ad compensandam sive remunerandam amici operam, qui rem servandam suscepit: quomodo etiam in mandato potest intervenire pecunia remunerandi causa, non tanquam merces, sed tanquam honorarium, sive honor, sive salarium, ut appellatur *in l. 1. in fine, & in l. 17. salarium. C. mandati.* salvo tamen interim manente contractu mandati: cuius item natura debet esse gratuita: adeò ut nisi gratuitum sit mandatum, nullum sit. *l. 1. §. ult. & l. 6. si remunerandi. in pr. ff. mandati.* Contrarium enim est officio merces, ut ait Paulus.

His & QUARTAM exceptionem addimus. Si culpa & mora casum fortuitum præcesserit, sive interitum fatalem: v. g. si quis rem apud se depositam peregrè secum portans in latrones inciderit. Tunc enim depositarius tenetur de interitu rei: Et est hoc generale in omnibus contractibus, ut infra de casibus fortuitis dicetur. Atque has Quatuor exceptiones etiam Gregorius IX. Pontifex ex Iure civili compilatas in unum congeffit locum, *cap. ult. ext. de deposito.*

Ibidem Glossa etiam QUINTAM exceptionem rectissimè addit: Nisi causâ depositarii, vel in favorem ejus, res penes ipsum sit deposita. *l. 1. §. si pecuniam. ff. depositi & l. 4. si quis in princ. ff. si certum petatur.* Et si enim regulariter depositum fit deponentis causâ: ejusque solius utilitatem respicit; non etiam depositarii, cuius merum est onus: aliquando tamen contingit, ut etiam depositarii causâ fiat, & ad ipsius utilitatem pertineat: quemadmodum & commodatum regulariter quidem & ut plurimum conceditur in gratiam commodatarii, non verò commodantis: Interdum tamen hujus etiam causâ vel etiam utriusque, fieri potest: de quo infra. Eo igitur casu, quando sic ad utilitatem depositarii re; penes eum deponitur, periculo est ejus qui suscepit. *d. l. 4. ff. si certum petatur.* v. g. cupiebam emere prædia, & ad eam rem desiderabam pecuniam mutuam, nec tamen volebam eam suscipere antequam emissem. Tu pecuniam quidem habebas ad manum, sed non etiam animum fœnerandi, nec causam fœnerandi. Veruntamen quia peregrè tibi erat abeundum deponis apud me illam pecuniam ea lege, ut tunc demum ciediti nomine sive ex causâ mutui tibi obliger, si prædia comparassem. Hic respondet Ulpianus *in d. l. 4.* hoc depositum pertinere ad periculum ejus, qui pecuniam suscepit: hoc est, si pecunia perierit, perituram depositario, non deponenti. Ratio est, quia hoc depositum induit quodam modò naturam mutui: quæ hæc est, ut res sit periculo accipientis debitoris: qui interitu pecuniæ non liberatur ab obligatione sive ære alieno. *l. 11. Incendium. Cod. si certum petatur.* Non enim debuit certam

certam aliquam speciem pecuniæ sive illa ipsa corpora nummorum, quæ perierunt; sed genus; v.gr. Centum aureos quoscunque. Genus autem, sive id quod in genere debetur, non potest perire, ut probat Accursius *in gl. ad d. l. 11.* Addit Ulpianus aliam quoque rationem *in d. l. 4.* ductam à simili, videlicet eo qui rem, puta lancem argenteam, vel massam auri, accepit vendendam, ea lege, ut pretio inde redacto uteretur. Hic quoque rem suo periculo habebit: hoc est, si res, puta lanx vel massa, forte pereat, peribit ei qui sic accepit, non illi qui dedit. *l. 11. Rogasti. in fin. princ. ff. si certum petatur. l. 1. ff. de estimat. act.*

SEXTA exceptio est: Nisi utriusque gratiâ facta sit depositio. Tunc enim præter dolum etiam culpa præstatur. Addit hanc exceptionem Anton. Contius *ex l. 5. si ut certo. §. nunc videndum. ver. sed ubi utriusque utilitas vertitur. ff. commodati.* Facit hoc utilitas utriusque partis communis.

SEPTIMA exceptio est; (quæ sumitur *ex l. 24. Lucius Titius. ff. depositi.*) Nisi depositum consistat in pecunia numerata, sive in nummis; & depositario permissum fuerit à deponente, ut nummis uteretur, & usuras præstaret. Sed hoc quoque depositum propiis accedit ad naturam Mutui, perinde ut illud, de quo supra dixi, *sub Quinta exceptione, ex l. 4. ff. si certum petatur.* Quid quod & Paulus fatetur, hoc magis videri mutuuum, quàm depositum; & per hoc forè periculo accipientis. *lib. 2. sentent. tit. 12. §. si pecunia.* Similis casus est tum *in l. 26. Publia. §. 1. ff. depositi;* ubi ait Paulus, hunc contractum excedere modum depositi: tum etiam *in l. 19. si sacculum. §. 1. cum denique. in l. 25. Die sponsaliorum. §. 1. ff. depositi.* ubi item pecunia apud aliquem deponitur non obsignata, duplici hac addita conditione: primum, ut liceret depositario eâ uti. Secundò, ut redderet non idem, sed tantundem; v. g. non eosdem centum aureos, quos accepit; sed in genere centum aureos. Utrumque est alienum à communi natura depositi. Nam primò regulariter ipsa res deposita restitui debet ei qui deposuit, non alia: & quidem illa ipsa non deterior: nam si deterior restituatur, restituta non videtur. Tertiò, regulariter depositario non licet re deposita uti, invito deponente: adeò ut furti agi possit, non tantum depositi, cum eo qui sacculum pecuniæ obsignatum apud se depositum resignaverit, & pecuniâ usus fuerit. *l. 29. si sacculum. in princ. ff. depositi. Paulus lib. 2. sent. tit. 12.* Sed hæc quodammodò referri possunt ad primam exceptionem nostram: quæ videlicet erat de pactis deposito adjectis.

ULTIMA est exceptio; Si depositarius passus est litem secum contestari, nec statim reddidit depositum, cum posset reddere. Iam enim res deposita incipiet esse periculo depositarii, ut is teneatur de eo, quod culpâ ipsius contigerit. *l. 12. si in Asia. §. ultim. & l. 14. si plures heredes. Depositum.* tametsi hic etiam dolo non carere videatur, qui rem apud se depositam repetenti restituere recusat; cum depositum ante omnia sit restituendum sine ulla tergiversatione aut exceptione, remota etiam compensatione, ut supra dixi: & cum possit is qui deposuit, quandocunque voluerit rem repetere, etiamsi initio fortè dixerit, se ante certum tempus nolle repetere, potest enim mutare voluntatem. *l. 1. §. 45. si deposuero. ff. depositi.* cum nihil inter sit depositarii.

Extra hos igitur casus certa manet regula: Depositarius de dolo duntaxat teneri. Quod præter superiorum testimonia legum ulterius quoque probo per *l. 16. qui furtum. in fin. digest. de condict. furt.* & ajo sic intelligendum: esse, ut dolus semel admissus perpetuetur. *l. 1. §. 25. si rem. ff. deposit.* Paulus *d. lib. 2. sentent. m. 12. §. penult.* Exempli causa, Rem à me depositam penes te, vendidisti: atque ita dolum commisisti circa depositum: ex quo mihi teneri capisti: postea eandem rem ab emptore redemisti & perdidisti, sed sine dolo. Quaritur, utrum adhuc depositi actione mihi tenearis? Videbaris non teneri, quia sine dolo rem admisisti. Iam verò qui rem depositam sine dolo malo amisit, depositum non tenetur: immò ne quidem cavere cogitur de re reddenda, si eamprehenderit, sive recuperaverit, *l. 20. si sine dolo malo. ff. depositi.* Contrarium tamen respondetur ab Ulpiano, & Paulo *dd. in locis*: quia scilicet dolus semel commissus perpetuatur. Cui simile est, quod alibi dicitur, *fur semper moram facere videtur. l. 8. in re suarum. §. in f. & l. ult. ff. de condict. furt.*

Videamus nunc unam atque alteram OBJECTIONEM, quòd depositarius non tantum de dolo, sed amplius teneri videatur. Prima hæc est: de substantia depositi est, quod depositarius debeat custodiam, hoc est, factum & sollicitudinem live curam aliquam. Definatur ergo depositum quod custodiendum alicui datum est: & præpositio DE auget depositum; ut significet, cum maxima custodiæ obtestatione alicui commendatum esse & totum quod ad custodiam rei pertinet, fidei ipsius commissum: unde & Germani depositum eleganter vocant *Getreues Hand Güter*. Videatur Ulpianus *in l. 1. in pr. ff. depositi*. Hinc ergò videbatur inferendum, quòd depositarius non tantum dolum, sed & custodiam, curam atque diligentiam ex naturâ contractus præstare debeat. Respondeo: depositarium obligari quidem ad aliquam diligentiam in re servanda: sed ea diligentia ex natura huius contractus non exigitur major, quàm solet quis in suis rebus exhibere. Satis est, si parem adhibeat curam rebus alienis & suis; minorem salva fide alienis præstare non potest diligentiam, quàm suis & propriis. *l. 32. Quod Nerva. ff. depositi.* v. g. Si rem penes se depositam negligenter in scamno jacere sinat, cum suas res diligenter in arcâ includeret, fraude non caret: quo exemplo utitur glossator Iuris Canonici *in d. cap. 2. extr. de Deposito*.

Altera objectio sumitur ex B. Cypriano *lib. de singularitate clericorum*: qui ait, oportere eum damno perstringi vel dispendio sarcinarum, apud quem sub intuta custodia fratris sarcinæ perierunt: quia quidquid in domo nostra sub minùs idonea tutela perditum fuerit, aut latrones effregerint, nostrum est, & à nobis exigitur, quidquid per inertiam nostram malè commissum est, &c. Ecce, hîc etiam casus fortuitus & vis major præstandus dicitur in deposito. Respondeo: Cyprianum loqui disertè de interitu rei, quem lata culpa præcessit: sive cui, ut accideret, occasionem præbuit depositarius per suam inertiam, sive intutam custodiam, sive tutelam minùs idoneam, ut verba ipsius sonant. Quæ quidem omnia planè consentanea sunt Iuri civili: ut apparet ex illis, quæ suprà dixi in quarta exceptione.

Etiā

Etiam si quoque Cyprianus fortè sensisset de culpa levi, tamen diceremus sententiam ab ipso de Clericis singulariter prolatam, non ob id producendam esse ad quosvis homines, etiam laicos. Neque enim obscurum est, multo maiorem in clericis requiri perfectionem, quàm in laicis. De clericis autem in eo tractatu agi, indicio est ipse titulus libri, ad quem subinde respiciendum esse monet Plinius in *epistolis*.

Dictum est hæc usque ad quid teneatur depositarius, nempe ad dolum duntaxat, & ad latam culpam. Queritur jam quid præstet contra deponens. Respondeo: is qui rem deposuit præstabit depositario non modò dolum & latam culpam, sed & levem & levissimam. Sumitur hoc ex l. 61. *si servus communis. §. 5. quod vero ad mandati. ff. de furtis*. Ratio est, quia depositum, ut supra dictum, fit ad utilitatem deponentis; non autem depositarii. Hæc autem beneficium sive officium suum non debet esse damnosum. d. l. 61. & l. 7. *ff. testament. quemad. aper.* Esset autem damnosum, si damnum quod occasione rei depositæ, tametsi non dolo, sed culpa deponentis, aliqua acceperit, ipsi non resarciretur per deponentem. Ut ecce; servum mihi dedisti servandum, sive apud me deposuisti, sive commendasti eum mihi: & inter deponendum me non præmonuisti, eum solere esse sagacem, ut proinde non multum ipsi fidam, sed res meas ab ipso diligenter custodiam atque occludam. Servus ille cum apud me esset in causa depositi furtum mihi fecit, vel etiam aliud quid damni dedit. Hic agam profectò tecum de illo damno mihi per te emendando; sive petam abs te, ut me indemnem præstes: tum quia contractus factus est tua causa, non mei commodi gratia, neque ad meam utilitatem: tum quia officium meum, quod tibi præstiti, in re tua servanda, non debet mihi esse damnosum: tum denique quia diligentior esse debuisti circa monendum, qualem apud me deponeres servum: quod cum omiseris, culpa tua tibi damnosa esse debet, non mihi. d. l. 61. §. 5. *de furtis. junctà l. 31. si servus pignori. ff. de pignor. ad.* utraque lex est Africani ex eodem libr. 8. *quæst.* & videatur de utraque Cujacius tract. 8. Observanda est tamen insignis limitatio, quæ additur in d. l. 61. §. 7. *hæc ita*: nempe si nulla depositarii quoque culpa intercedat, puta, quia is servo apud se deposito ulterò commiserit custodiam nummorum vel argenti, quod nunquam facturus fuerat is qui deposuit eum. hic enim culpa meritò compensabitur ab utraque parte, neque depositarius ullum habebit regressum contra deponentem: sed damnum quod sua culpa sensit, sibi debet imputare, cum id sentire non videatur. ut est in *reg. damnum. in Reg. iur. in 6. cum similibus*.

Ad extremum restat, ut de Actionibus quoque pauca attingamus; cum parum sit jus nosse, nisi modum quoque cognitum habeamus juris nostri persequendi, quod fit per actiones. Itaque hic primò notandum est: Ex contractu depositi, duas oriri & dari actiones: quarum una vocatur *actio depositi directa*; altera *actio depositi contraria*. Prior datur ei, qui rem deposuit, ejusque heredibus, bonorum possessoribus, ceterisque successionibus, contra depositarium ejusque heredes. l. 1. §. 19. *hæc actio.* & l. 7. l. 9. & l. 10. l. 14. *si plures. ff. depositi*: Et datur principa-

liter ad rem restituendam quandocumq; voluerit is qui deposuit: & rem quidem non deterioratam. quod enim deterioratum redditur id non videtur reddi. *l. 1. §. 16. si res deposita & §. 22. est autem. digest. dist. tit. depositi.* Datur etiam ad omne id quod dolo vel lata culpa depositarius fecerit circa rem depositam, secundum supra dicta: item ad id quanti actor in litem iuraverit. Nam sicut in omnibus actionibus bonæ fidei in litem iurari potest. *l. 3. & l. 5. ubi Duarenus. ff. de in litem iurando:* ita etiam in hac depositi actione directa. *l. 1. §. 26. In depositi. digest. dist. tit.* Item ad usuras ex mora; quod etiam est commune cum actionibus bonæ fidei quibusvis. *l. 32. ff. usuris, cum similibus:* vel propter usum rei volente eo qui deposuit concessum depositario, ut supra dictum, ex *l. 24. l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. l. 28. l. 29. §. 1. digest. depositi.* Item ad ea quæ pactis sunt comprehensa ut præstentur; cum pacta formarint actionem, ut etiam supra dixi in prima exceptione. Altera actio depositi, videlicet contraria, (quæ & *contrarium iudicium* alibi appellatur, ut in *l. 5. in princ. ff. d. tit.* item in *l. 1. & l. 6. §. ult. ff. de his qui notantur infam.* & aliis locis passim.) datur depositario contra eum qui deposuit, ejusque heredes & cæteros successores, in primis ad indemnitate consequendam, sive ut nomine rei depositæ præstetur indemnitas; hoc est ad recuperandos sumptus, si quos fortè in rem depositam fecit: v.g. pro cibariis servi depositi, vel equi, &c. item si quid damni passus est per rem depositam ejusque occasione. Quod etiam pertinet si servus depositus furtum fecerit depositario, de quo paulò ante dixi ex *l. 61. ff. de furtis*, & *l. 31. ff. de pignorat. act.*

Inter hæc duo genera actionum, directam & contrariam depositi, memorabilis est differentia: & quidem ferè duplex; quæ sumitur ex *l. 5. in princ. ff. depositi.* junctâ *l. 6. §. ultim. digest. de his qui notantur infam.* Prima est, Quod directa actio depositi infamat condemnatum: Contraria non infamat. Ratio diversitatis est, quia in directa actione depositi agitur de fide rupta, sive de dolo malo atque perfidia. Dolo enim facit, qui rem alienam domino reposcenti restituere non vult. *l. 13. si quis inficiatus. in fine princ. ff. depositi:* neque convenit bonæ fidei abnegare id, quod quis accepit. *l. 11. quod servus. in princ. ff. depositi,* sed hæc est bonæ fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit. *l. 31. bonæ fides. digest. depositi.* Alioquin enim futurum esset, ut contractus qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur: contra *l. penultim. Cod. eod. tit.* & contra *cap. 2. Extr. de deposito.* Sed in contrario iudicio tantum agitur de indemnitate depositarii, sive agitur ibi de calculo, sumptuum videlicet in depositum factorum: qui calculus ferè iudicio dirimi solet, teste Vlpiano in *dict. l. 5. in princ. digest. depositi*, & in *dict. l. 6. §. ultim. digest. de his qui notant. infam.* non autem de fide rupta, non de perfidia ibi quaestio est.

Altera differentia est, quod is qui directa actione depositi experitur, potest iurare

rare in litem: Is autem qui contrariâ agit, non admittitur ad iurandum in litem. *d. l. 5. ff. de positi*. Ratio differentiæ est, quia qui patitur secum agi contrario iudicio depositi, nempe ob impendia & sumptus à depositario factos, non est in dolo; neque tanto dignus odio, ut is qui directò convenitur.

Non enim recusat rei alienæ restitutionem, quam detinet: neque eam inficiatur & abnegat; sed de calculo tantum litigat; eique arbitrum quærit controversiæ decidendæ causa: qua in re nihil peccat, ut proinde non mereatur illam pœnam, ut adversum se in litem iuretur: *argument. l. 4. Gracchus, Cod. ad l. Iul. de adulter. & l. 22. Sancimus Cod. de panis*. Est enim hæc pœna quædam, cum quis cogitur pati, ut actor in litem iuret, & rem suam quæ ei non restituitur, æstimet in infinitum ultra quam res valet vero sui pretio. *argum. l. 2. in verb. punitur. & l. 8. tut. in verb. cum & contumacia punienda sit ff. de in litem iurando*. Et hæc quæ dixi de differentia Actionis directæ & contrariæ Depositum, generalia sunt, & pertinent ad actiones etiam ex aliis bonæ fidei contractibus, vel quasi descendentes, ut mandati & tutelæ, item commodati. *d. l. 1. & d. l. 6. §. ult. ff. de his qui notantur infamia* tantoque diligentius observanda sunt, quantò latius patet eorum utilitas.

Deinde notandum est, Actionem depositi aliquando dici cum hac adiectione, *actio depositi sequestraria*: ut in *leg. 12. si in Asia. ff. de depositi, & l. 9. §. Labeo ff. de dol. mal.* Quæ res ut intelligatur, sciendum est, triplex in iure inveniri depositum: Unum vulgare & simplex, quod ex voluntate proficiscitur deponentis. Alterum necessarium, sive quod ex necessitate descendit, ut qui rem ereptam incendio, ruinæ, naufragio, tumultui servandam committit cuivis obvio, cum eligendi alium præ aliis non detur spatium. *l. 1. §. 1. & §. merito. cum seqq. ff. de positi*. Tertium depositi genus est, cum res litigiosa sive in controversiam deducta, apud sequestrem ponitur à duobus vel pluribus, certâ conditione, videlicet, ut victori causæ reddatur, & interim custodiatur. de hoc agitur in *l. 5 §. 1. & 2. & l. seq. Item l. 12. si in Asia. §. cum sequestre. & l. 17. licet. & leg. pen. ff. de positi*. item in *leg. 39. Interesse. ff. de acquir. poss.* ubi distinguitur, qua mente res litigiosa deponatur apud sequestrem, utrum omitteudæ possessionis causa, an tantum custodiæ causa, & animo retinendæ possessionis. Videatur & *lex. 109. sequester dicitur* & ibi Alciatus, & alii. *ff. de verb. sign.* Item videatur *l. unica Cod. de prohibita sequestrat. penuria*: nec non *tit. Decretal. de sequest. poss. & fruct.* & utrobique post alios.

alios interpretes Cujacius & Ioan. Gōddæus *ad d. 1.* Fit quoque Seque-
stri mentio *in leg. 5. §. 1. D. Vi legat caus. cave.* ubi ait Papinianus, utiliter
probatum esse (in casu de quo ibi quaeritur) virum bonum ab utraque
parte eligendum, apud quem ut sequestrem fructus deponantur. &c.

Quæ autem sit differentia inter has species perspicuum est ex *dd. ll. V. G. pri-*
mò simplex actio depositi est in simplum; sed ex illis causis fortuitis & necessa-
riis est in duplum. d. l. 1. §. hæc autem separatio. & l. 18. de eo quod tumultus. digest.
depositi. Ratio differentia est: quia in his casibus ob extremam necessitatem cre-
scit perfidia crimen, quod gravius quoque vindicari publicè interest. Debet enim
quisque potius commiseratione affici erga illos qui talibus sunt necessitatibus op-
pressi, quàm sua perfidia efficere velle, ut afflicti etiam addatur afflictio. *d. l. 1. §.*
hæc autem separatio, ubi cum ait Vlpianus. *Est enim inutile in causis huiusmodi*
fidem frangere. Observanda est elegans figura, quæ vocatur *metonymia* vel *metonymia*.
Nam hoc vult intelligi; perniciosissimum esse, & rem pessimi exempli. Aliud est
in eo qui extra tales casus tantamq; necessitatem deponit. Hic enim cum habue-
rit facultatem, & spacium eligendi hunc certum hominis, meritò, debet simplò esse
contentus. Secundò, in eo differunt hæc duæ species: quod si quis inficietur depo-
situm ex causa tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, crescit actio in duplum, ex in-
ficiatione. §. *sed furti. in verb. & interdum depositi. Instit. de Action.* De Vulgari au-
tem & simplici depositi nusquam hoc lectum est, quod etiam ejus actio ob in-
ficiationem duplicetur.


Porro sequestrarium depositum à vulgari ac simplici differt in eo: quod prius
est rei litigiosæ sive controversæ; posterius est rei non litigiosæ. Illud fit à duo-
bus vel pluribus: istud autem plerumque ab uno, quamvis etiam plures rem de-
ponere possint: v. g. inter quos illa est communis: sed sequestrarium non nisi à
pluribus deponi potest. Præterea sequestrarium, possessionem rei depositæ trans-
fert interdum; si videlicet ea fuerit mens deponentium apud sequestrem, ut pos-
sessionem interim omitterent dum lis dirimeretur: sed in vulgari deposito neque
proprietas neque possessio in depositarium transfertur. Denique ex depositione fa-
cta apud sequestrem nascitur sequestraria depositi actio, cum hac inquam adjectio-
ne dicta: ex simplici autem & vulgari datur depositi actio absque tali additamen-
to. Hæ differentia extant in *dd. ll. 1. §. l. 6. 12. & 17. digest. depositi,* juncta *l. 29. ff. de ac-*
quir. possess. ubi videatur Giphanius. Quomodo autem differat sequestrarium de-
positum à necessario, sive quod ex causis fortuitis fit: manifestum est ex inspectio-
ne ipsarum rerum: quæ in sequestrario sunt litigiosæ; in altero autem non qui-
dem litigiosæ, verùm aliis casibus ac periculis expositæ. Atque hæc breviter de
tribus depositi generibus occasione sequestraria actionis depositi dicere debui.

Tandem & hoc admoneo, in hoc loco de Actionibus: Cum actione depositi
directa sæpè etiam alias concurrere: v. g. ut est actio furti, nempe si depositarius
fuerit usus re deposita, eamque contrectarit invito eo qui deposuit. *l. 29. si saccum.*
in princip. ff. depositi. & l. 3. Cod. eod. tit. Item ut est actio ad exhibendum, & quæ
illam

illam ferè sequi solet rei vindictio. *leg. penult. ff. d. 1.* quod intelligendum est eo tantum casu, quo is qui deposuit, rei est dominus. Nam huic soli datur rei vindictio: ut est *in l. 23. in rem actio. ff. de rei vindic.* Item condictio furtiva: sed hæc non antè datur quàm si dolus fuerit commissus à depositario *l. 13. si quis inficiatus. §. 1. ff. depositi. l. 16. qui furtum. ff. de condict. furtiva.* Postremò concurret etiam cum actione depositi nonnunquam injuriarum actio. *l. 1. §. 38. si quis tabulas. ff. depositi:* v. g. deposui apud te meum testamentum: tu id pluribus præsentibus recitasti, hoc animo, ut publicares ac divulgares secreta meorum judiciorum. Hic mihi teneris non tantum depositi actione de ipsis tabulis testamenti, sed etiam injuriarum. *d. l. 1. §. 38. ff. depositi. juncta l. 41. si quis testamentum in fine ff. ad L. Aquil.* immò etiam falsi accusatio publica hoc nomine datur: ut *l. 1. §. 6. Is qui deposita. ff. ad L. Cornel. de falsis.* Puto etiam cum depositi actione contraria interdum concurrere actionem noxalem; *argument. l. 61. ff. de furtis,* nempe si servus depositus furtum fecerit depositario, vel si damnum injuria ipsi dederit: tamen si Africanus ibi hoc videatur velle, quod deponens omnimodò damnum decidere sive præstare debeat, & non possit liberari etiam si velit servum pro noxæ deditioe relinquere. Hæc de concurrentibus actionibus quæ *Ad finia remedia* vocare solent Ioan. Oldendorpius & alii.

CAPVT QVARTVM.

DE PRECARIO.

 Eposito, de quo hætenus, rectissimè subjungit Vlpianus *in hac lege* PRECARIUM: idque hac duplici ratione ordinis: primum quia sicut in deposito tantum præstatur dolus ab eo qui id suscepit: ita & in precario is qui id rogavit, de dolo duntaxat tenetur: ut inferiùs explicabitur. Deinde quia sicut depositum repetere licet ei qui depoluit, quandoque voluerit, etiam si forte promiserit se nolle ante certum tempus, vel in vita sua, id reposcere. Potest enim mutare voluntatem, ut suprà dixi: Sic & precarium repetere potest pro suo arbitrio is qui concessit. Nec obstat *lex. 75. nemo potest. inf. h. t.* Negandum est enim, quod hæc mutatio consilii in deponente vel precarium concedente cum ulla injuria alterius sit con-

I

juncta

puncta. Etenim qui suo jure utitur, nemini facit injuriam. Etsi igitur inter concedentem & rogantem precarium convenit, ut is ad certum tempus, verbi gratia usque Kalend. Julias, precariò possideret: tamen is qui concessit, etiam elapsum illum terminum potest revocare precarium, & possessionem ei auferre. l. 12. cum precario. ff. de precario.

Precarium (ut de verbo prius agamus exemplo Vlpiani) à precibus dictum esse manifestum est, nec id reticuit Vlpianus in leg. 1. in princip. & leg. 2. infra digest. de precario. Unde etiam precariò rogare sapissimè in legibus institut. dicitur. sic & Livius lib. 3. opem orare precariam dixit. Sic verba precaria, quæ & precativa, in Jure appellantur, quorum usus est in relinquendis fideicommissis; ut rogo, volo, mando, peto &c. leg. 2. Codic. commun. de legatis, & §. ultim. Institut. de singulis rebus per fid. rel. quibus opponuntur verba directæ & imperativa; ut jubeo &c. Sic animam precariam trahere eleganter dixit Tacitus libr. 1. & vitam precariam, libr. 20. de eo, qui vivit ad nutum alienum, quam diu scilicet ei placuerit ipsum superesse, qui vitam ejus in sua habet potestate. Sic Seneca, in libr. de tranquillitat. animi, cap. 11. Sapiens, inquit, se ipsum inter precaria numerat, vivitque ut commodatus sibi, & reposcentibus sine tristitiâ redditurus. itemque in libr. de consol. ad Martiam cap. 11. hominem esse ait esse spiritus precarii: & in libr. significans vitam nobis à naturâ, vel potiùs Deo, utendam esse datam, nullo certo præstituto spacio temporis: sed ea lege, ut quàm primum is reposcet, qui eam concessit, restituenda sit ac relinquenda, velimus nolimus: quod elegantissimis hisce versibus expressit vetus poëta Pedo Albinovanus in elegia ad Liviam Augustam, de morte Trusti Neronis, quæ aliàs etiam Ovidio ascribitur.

Vita data est utenda: data est sine fœnore nobis

Mutua; nec certâ persolvenda die.

Nec minus eleganter Cicero in libr. 1. Tusculan. question. his verbis: Pellantur ergo istæ ineptiæ planè aniles: Ante tempus mori, miserum esset. Quod tandem tempus? Naturæ? At ea quidem dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ, nullâ præstitutâ die. Quid est igitur quod querere, si reperit cum vult. Ea enim condicione acceperas.

Sic precariam vocis usuram sumere dixit Apuleius 7. Metamorph. id est, ad tempus accipere loquendi facultatem precibus concessam vel impetratam. Sic Brutus in Epistola ad Ciceronem 16. salutem abs se peti precariam se: ipse. Sic denique honorem precarium exponit Budæus qui ad nutum sive placitum

eum eius qui concessit alicui potest adimi. Atque hæc de verbo. De aliis verbis hæc nostro precario cognatis, & à jure Pontificio introductis precariis *inf. ad fin. h. cap.* admonerebo.

DEFINIT autem Vlpianus precarium esse liberalitatem quandam cum quid precibus petenti utendum conceditur, tam diu, quam diu patitur is qui concessit. *leg. 1. digest. de precario.* Ex quibus verbis intelligitur, precarium in quibusdam rebus convenire cum donatione & commodato: in quibusdam verò etiam ab iisdem differre.

Conveniunt quidem hæc tria in genere. Nam in his omnibus versatur, quædam liberalitas, & munificentia. De donatione neque dubitat: & affirmat Iulianus *in leg. 1. in princip. digest. de donation. in verb. in liberalitatem & munificentiam exerceat.* & §. 1. in verb. *qui liberalitatis gratia aliquid dat.* De commodato quoque idem affirmat Paulus *in l. 17. in commodato. §. sicut auctem. digestor. commodati. in verb. qui beneficium tribuit:* item *in fin. ejusdem §. ibi, adjuvari nos non decipi beneficio oportet.* Denique de precario, quod sit genus quoddam liberalitatis ex iure Gentium descendens, testatur Vlpianus *in l. 1. §. 1. digestor. de precario.* Item, *in leg. 2. §. 2. in verb. liberalitate mea uti,* & Paulus *in leg. 14. interdictum. digest. cod. tit. ait,* precarii conditionem spectare magis ad donationes & ad beneficii causam quam ad negotii contracti. Conveniunt Secundò in eo precarium & Commodatum, quod in utroque versatur usus rei alienæ. *l. 1. §. 1. in verb. utendum datum.* & *l. 19. & l. Ad eos. in verb. vasa utenda dedit,* & *l. ultim. in verb. quo uteretur. digest. commodati. leg. 1. in princip. in verb. utendum conceditur.* & *inf. in verb. ut ei uti,* &c. & *in leg. 15. digest. de precario.* Dixi, Rei alienæ usum versari pariter in commodato, & in precario. Nam qui rem suam utendam rogat, id est, vel commodatò accipit, vel precario rogat ab alio, is neque commodati actione, neque interdicto de precario, aut præscriptis verbis actione tenetur. *leg. 4. §. item si rem meam. digest. de precario. leg. 1. §. si tibi fundum. 11. digest. de itinere actuque privato. l. 15. qui rem suam. digest. depositi. l. neque pignus. 45. h. tit. nostro. de reg. Iuris.* Est tamen ubi etiam rei suæ precarium consistit: ut ecce, quando debitor, qui pignus dedit, precariò id rogat, ut creditor permittat ipsi hoc retinere. *leg. 6. §. ultimo.* & *leg. 11. si debitor. digest. de precario. leg. 33. non solum. §. ultim. digest. de usucap.* Deinde conveniunt etiam in eo, quod utrumque est gratuitum: quod de commodato quidem disertè dicitur *in §. item. is cui res. Institur. quibus modis re contr. obligat.* De precario quoque id perspicuum est, ex eo, quod modò dixi, in eo versari meram liberalitatem concedentis. *leg. 1. digest. de precario.* Nam, quod vulgò dicitur, *carè emi quod precibus emitur;* id metaphoricè

& proverbialiter dicitur: non autem Iuri nostro convenienter, prater eam in eo conveniunt commodatum & precarium; quod ex neutro transfertur dominium in accipientem. De Commodato id traditur in *leg. 8. Rei. cum leg. seq. ff. commod. de precario* idem apparet ex *leg. 1. 2. 12. 14. 15. & passim, dict. tit. de precario*. Nam quorsum daretur interdictum de precario adversus eum qui accepit, ut rem restitueret, si proprietas rei esset in eum translata? Postremo conveniunt etiam in rebus. Nam & commodari & precario concedi possunt res tam soli, quam mobiles: *leg. 1. §. 1. digest. commod. leg. 4. in princip. digest. de precario*. Immo etiam in iis rebus, quæ in Iure consistunt, ut sunt servitutes, precarium habet locum. *l. 15. Et habet. §. precario. ff. dict. tit.* Rectè igitur dixit Ulpianus, precarium esse simile commodato. *dict. leg. 1. §. ultim. digest. de precario*. simile etiam esse dicitur donationi & beneficio in *leg. 14. Eum qui emit. §. 11. Is qui precario. ff. de furtis, & in leg. 14. interdictum. ff. de precario*.

Sed quia nullum simile est idem, videamus quomodo hæc inter se differant. Primum igitur à Donatione differt Precarium: quod per illam dominium rei in perpetuum transfertur: nempe si donator sit dominus ejus: quæ causa est quare Imperator de donationibus tractaverit inter modos acquirendi dominii Iure Civili, *libr. 2. Institut.* Per Precarium verò non transfertur dominium rei; imò ne quidem possessio semper transit in accipientem: sed tantum usus ejus ad tempus conceditur. Secundò, à commodato, differt precarium multipliciter: ut primò, commodatum fit usus certi ac determinati causâ, nec revocari potest antequam ille fuerit expletus & absolutus. Alioquin importunè repeteretur & cum damno commodatarii, qui non tam adjuvaretur quam deciperetur beneficio: id quod fieri non oportet. *leg. 17. in commodato. §. 3. sicut in f. digest. commodati.* Et hîc valet regula juris, *Nemo potest consilium suum mutare in alterius injuriam. l. 75. infra h. tit.* Precarium autem neque ad usum certum conceditur: & revocari potest, quandoque voluerit is qui concessit. *l. 1. in princip. l. 2. §. Et naturalem. l. 15. & habet. digest. de precario*. etiam si quis convenerit cum daret precariò, ne ante certum tempus repeteret. Potest enim mutare voluntatem, & non expectato termino revocare precarium. *d. l. 2. §. 2. & l. 12. cum precario. in pr. ff. de precario*. Putabat quidem Bartolus ad *l. si pœnam. ff. de verbor. oblig.* & Panormitanus in *cap. ult. extr. de precariis*, eum qui rem precariò concessit, cogi permittere roganti, ut saltem modico tempore precario uti possit. Sed eorum opinionem tanquam Iuri contrariam reprehendit Anton. Contius ad *h. l. nostram p. 20.* Hac igitur in re convenit Precarium cum Deposito: quod etiam is potest qui deposuit, statim quando vult repetere, ut & supra dixi. Dicit aliquis; primùm, hoc valdè esse importunum atque incommodum ei qui rogavit precarium, si ipsi res auferatur etiam antequam uti cœperit, vel usum finierit: cumq; precarii conditio spectet ad beneficii causam. *l. 14. interdictum. ff. de precario*: beneficio non debere quem decipi, sed potiùs adjuvari. *l. 17. §. sicut in f. ff. commodati.* Respondeo:
cum

cum hæc sit natura precarii, quam non ignoravit is qui rogabat, certè non debuit ignorare, sibi imputet, cur non potiùs commodatò sumpsit rem, & ad certum usum, (quod facere longè est consultius) quàm precariò rogaverit ad incertum usum: is verò qui precarium concessit, dum suo jure utitur in re pro suo beneplacito revocanda, nemini facit injuriam. Rursum dices: Atqui is qui postquam convenit, ne precariam rem repeteret ante certum tempus, tamen ante revocat, facit contra pacta conventa, atque ita fallit fidem, quod grave est, & naturali æquitati adversum, & plenum perfidiæ: cum nihil magis congruat fidei humanæ quam custodire ea quæ inter aliquos placuerunt. *l. 1. ff. de pactu. l. 1. ff. de constituta pecunia. l. 20. Non minorem. Codic. de transact. l. 1. §. hac autem separatio. ff. depositi. §. per traditionem. Instit. de rerum divis. l. 11. ex empto. §. ex empto. digest. de act. empti. Simplicius in Enchiridion Epicteti.* Respondeo: Illas regulas & sententias, earumque similes, de custodienda & adimplenda fide pactorum, veras esse de illis pactis, quæ valida & utilia sunt: non autem de inutilibus. Hæc enim nemo implere cogitur: & si quid contra ea fecerit quis, non potest dici fidem fregisse. Nam quod nullum est, non producit ullum effectum. *arg. l. 5. Non dubium. C. de LL. & privatio omnis præsupponit habitum. arg. l. decem. ff. de verb. oblig.* Hoc autem pactum, Ne precarium revocetur ante certum tempus, est inutile & nullum, utpote contra ipsam substantiam & naturam precarii. Non proficit igitur ei qui precarium rogavit, ad exceptionem vel pacti vel doli mali. Paciscens enim nihil egit: cum scire debuerit, illud pactum esse contrarium naturæ precarii, proindeque nullas habere vires. *d. l. 12. in pr. ff. de precario.* quæ ad hunc modum est explicanda. Hæc de prima & præcipua differentia precarii & commodarii. Deindè differunt hæc duo in eo; quod is qui rem commodatò utendam accepit, non possidet rem, sed is qui utendam dedit, possessionem retinet. *l. 8. Rei commodatæ. ff. commodari. l. 9. officium. vers. deniq. ff. de rei vind. sed qui precariò rem habet, etiam possidet. l. 4. in rebus. §. 1. & l. 15. §. habet. §. Eum qui. & l. ultim. ff. §. 1. digest. de precario.* Quod etiam apparet ex effectu possessionis. Nam precariò possidens fundum, potest uti interdicto uti possidetis, suamque possessionem defendere ac retinere, & quidem adversus quosvis alios, excepto tantum illo qui precarium concessit. *l. 17. Qui precariò digest. de precario. leg. 1. §. ultim. digest. uti possidetis.* Ratio differentiæ, cur precariò habenti fundum, detur interdictum uti possidetis contra alios omnes, sed non detur contra eum à quo habet, hæc est; quia precaria possessio adversus alios est justa: habet enim voluntatem concedentis: sed quando velut cornua attollere & insurgere incipit contra ipsum concedentem, qui beneficium contulit, eique se præferri postulat: jam incipit esse injusta ac vitiosa possessio, cum naturâ æquum sit, alium non diutiùs nostra liberalitate uti, quàm nos velimus. *leg. 2. §. 2. & leg. 15. Et habet. digest. de precario.* Accedit huc, quod ut maximè precariò habens, corpore possideat; tamen etiam dominus possessionem retinuit. Nam animo à possessione non discessit. *dict. leg. 15. §. 4. inf. digest. dict. titul.* Et hæc possessio domini qui precarium concessit, meritò potior esse debet alterâ, quam habet ab ipso qui precarium rogavit, *argument. leg. ultim. digest. de publici: in rem*

act. Hoc tamen quod dixi de possessione quæ sit penes precario habentem, non est perpetuum; sed tunc deum valet, quando quis precario rogavit, ut sibi possidere liceat. *d. l. 15. §. Eum qui. d. t. l. 21. interdum. ff. de acquir. possess. l. 33. Non solum. §. ult. ff. de usucap.* Nam si ut tantum in fundo morari sibi liceat, rogaverit quispiam, ut *l. 6. certè. §. is qui rogavit. & penult. ff. de precario.* tunc is tantum qui concessit, non etiam iste qui rogavit possidet, non magis quam vel fructurarius vel colonus, vel inquilinus: quos constat non possidere, quamvis in prædio sint. *l. 15. sciendum. D. Qui satus dare cogantur.* Tertio differunt Commodatum & Precarium: quod illud quidem sit contractus, qui re fit. *§. Item is cui res. Institut. Quib. modis re contr. & l. 1. §. 3. Is quoque cui rem. ff. de oblig. & act.* Sed precarium magis spectat ad causam donationis, & beneficii quam negotii contractum. *l. 14. Interdictum. ff. de precario.* Videatur & Henr. Bocerius *ad h. l. pag. 103. & seq.* ubi docet, Precarium neque contractum esse, neq; quasi contractum. Dicit aliquis: si precarium non est contractus, non etiam quasi contractus: quare igitur hic Vlpianus de eo tractat, ubi propositum ipsi est agere de contractibus & quasi contractibus? Respondeo: hoc ideo fit, quia tamen si non sit contractus vel quasi, tamen habet similitudinem cum comodato qui est contractus re initus. Posset etiam hoc addi: in *l. 14. ff. de precario.* non omnino nec simpliciter negari, quod precarium sit contractus; sed iurisconsultum loqui comparatè, ut significet propius accedere precarium ad naturam donationis & beneficii, quam contractuum. Hinc fluit quarta differentia: Ex comodato nascitur actio civilis, videlicet commodati. *tot. tit. ff. commodati. vel contr. d.* Ex precario autem non datur aliqua actio civilis. *d. l. 14. Interdictum. ff. de precario.* Item in *l. 14. Eum qui emit. §. 11. Is qui precario. ff. de furtis* sed Interdictum. Omne autem interdictum est ex iure Prætorio, *inut. tit. Institut. de interd.* Datur quidem præter interdictum etiam actio præscriptis verbis: quæ & conditio incerti appellatur, in *l. 2. inf. & in l. 19. duo in solidum. §. ultim. ff. de precario*: sed ea actio non datur ex contractu vel quasi, verum potius ex æquo & bono, sive ex bona fide, ut Vlpianus loquitur in *l. 2. de precario.* Anton. Contius tamen *pag. 26.* in ea videtur sententia esse, quod precarium sit contractus innominatus: quod confirmari posset argumento à simili ducto. Nam sicut ex innominatis illis contractibus, *Do ut Des, Do ut Facias, Facio ut Des, & Facio ut Facias,* datur actio præscriptis verbis plerumque: ut est in *leg. 5. digest. de præscriptis verbis*: ita etiam ex precario datur eadem actio, quæ cum interdicto concurrat.

Quinta & ultima differentia propriè ad hanc legem nostram pertinet. In Commodato præstat dolus & culpa; in Precario autem is qui precario rogavit, culpam non præstat, sed duntaxat dolum & culpam latam: ut hic, & in *l. 8. Questum est. §. 3. Eum quoque. §. 6. & generaliter. digest. de precario.* De Commodato, ratio explicabitur infra suo loco: sed de Precario cur in eo nihil præter dolum & latam culpam præstetur, hoc loco videndum est. Ratio autem huius juris non una redditur. Prima sumitur ex *l. 14. Eum qui. §. Is qui precario. ff. de furtis*: ubi ait Vlpianus, simili donato precarium esse. Quam rationem ita explicat Contius: Idcirco in precario non præstatur culpa ab eo qui accipit: quia precario roganti & acci-

accipienti rem videtur ad incertum tempus donata & sua facta possessio. Nemo autem cogitur rationem reddere cuiquam rei suae, vel sibi donatae, quamvis negligeret à se administrata & custodita: *argum. l. 21. In re mandata. C. Mandati.* Sed nec civili ulla actione repeti potest precarium. *l. 14. Interdictum. ff. de precario. & d. l. 14. §. is qui precario. digest. de furtis.* Ergo neque culpa ratio reposci debet. Altera ratio est, quam assignat Ulpianus in dict. *l. 8. quæsitum est. §. Eum quoque. digest. de precario;* quia cum totum hoc ex mera liberalitate descendat illius qui precario concessit, satisficit, si dolus tantum præstetur: quasi dicat: Repugnaret enim liberalitati, si quis culpa rationem reposcere vellet ex re non satis custodita, neque conveniens esset homini liberali, ut idem sit rigidus ac severus exactor, qui potius causam benefaciendi semper cogitat, ut ait Publius Syrus. *Videndum est enim imprimis, ne ob sit benignitas iis quibus benigne videbitur fieri.* Nam qui gratificantur cuiquam quod ob sit illi cui prodesse velle videantur, non benefici neque liberales, sed perniciosi assentatores iudicandi sunt ut præclare scripsit Cicero *lib. 1. de offic.* Tertia ratio sumitur ex *l. 2. §. Eum qui. & l. 14. Cum precario. in pr. ff. de precario.* quia qui precarium concessit, potest illud quolibet momento revocare, quandoque scilicet mutaverit voluntatem, quæ hinc quoque non minus quam in Testamentis est ambulatoria. Cum igitur penes accipientem adeo sit instabilis usus: & revocatio sæpè ipsi intempestiva atque incommoda accidat; videlicet nondum expleto usu: non est æquum visum, ut nimium ab ipso exigereetur, sed potius ut qui in uno fuerat gravatus, in altero relevaretur. Non igitur aliàs tenetur, nisi quid dolo fecerit aut culpa dolo proxima sive lata. *dict. l. 8. quæsitum est. §. Eum quoque. & §. 5. si servitute. cum §. sequenti. digest. de precario.* His & postrema accedat ratio, quam indicat etiam Antonius Deltio: quia qui passus est rem suam apud Precarium possidentem perire vel deteriore fieri ipsius culpâ & negligentia; sibi hoc imputare debet, qui non citius revocaverit, cum posset. Interventit ergo ipsius etiam quædam culpa, per quam quod sentit damnum, sentire non videtur. *l. 203. quod quis. infra h. titul. & sibi imputare, non aliis, debet. capit. damnum. de Regulis iur. in 6.*

Sed quoniam superioribus nonnulla possunt obiici, breviter illa diluemus. Primum igitur obstat, quod precarium conceditur accipientis causa, & ad ipsius tantum utilitatem, perinde & commodatum. Ex quo videbatur, de similibus idem ius disponendum, ut videlicet quemadmodum in commodato commodatarius non tantum de dolo & lata culpa tenetur, sed etiam levem culpam & levissimam præstare debet. *l. 5. §. Nunc videndum. vers. commodatum. digest. commodati.* ita & precarius possessor similiter ad hæc quoque præstanda obligaretur. Nam ubi eadem ratio est, ibi idem ius statuendum est. *l. 32. illud quæsitum ff. ad L. Aquiliam.* & Cicero in *Topic.* inquit: *Valeat æquitas, quæ in paribus causis paria iura desiderat.* Responsio patet ex supra dictis. Negandum est enim quod Commodatum & Precarium per omnia sint similia: imò in multis differunt; quod superius ostendi: maximeque in eo, quod Commodatum non potest intempestive re-

vocari

vocari quodcumque vultis, qui rem utendam dedit, sed expectare oportet, dum expletus sit usus: Precarium verò ex solo nutu concedentis pendet, ita, ut quovis momento & ex beneplacito ipsius possit revocari. Cum itaque multò plenior, certior aut diuturnior usus rei versetur in commodato; brevior autem & incertior in precario: non est mirum, quod illi, qui Iura condiderunt, hoc discrimen inter utriusque obligationem observari voluerint: ut precariò rogans multò lenius obligaretur; Commodatarius autem ad plura teneretur, & durius obligaretur. Aequissimum namque visum est, ab eo multum repositi, cui multum fuerit datum, ut est etiam in dicto Evangelii.

Alia obiectio sumitur ex collatione Precarij cum Deposito. Nam etiam depositum potest liberrimè revocari quovis tempore, cum placuerit ei qui deposuit: & tamen quando solius accipientis gratia deponitur, tum depositarius talis non modò dolum & latam culpam dolo proximam, sed etiam culpam levem & levissimam præstare cogitur. *l. 4. si quis nec causam. ff. de rebus creditis*: & dixi *sup. cap. præced. inter exceptiones à Regula*. Ergo ad eundem modum debebat etiam precariò possidens obligari, ut non tantum dolum & latam culpam, sed levem quoque & levissimam præstaret. Respondeo negando consequentiam, quia separata est ratio Depositum & Precarij: quamvis in paucis quibusdam convenient, ut *suprà* dixi. Et ut maximè depositum aliquando fiat ad utilitatem depositarii: tamen etiam eo casu simul complectitur aliquam utilitatem deponentis, dum videlicet res ipsius, fortè absentis in tuto est collocata, & à depositario asservata. Prætereà putat Delrio, quando depositum fit solius accipientis gratia, tunc non posse id liberè revocari quodcumque voluerit is qui deposuit: quod nusquam sanè expressum legi in Iure nostro: Puto tamen non absurdè posse dici, argumento commodati.

Tertiò objici potest: quòd in Mandato etiam levissima culpa à mandatario præstanda venit; non obstante eo, quo revocari possit quodcumque voluerit is, qui mandabat, quamdiu res est integra. Ergo videbatur etiam precariò accipiens similiter obligari debuisse. Respondeo: Etiam si mandatum & precarium quoad tenus convenient, quoad jus & potestatem revocandi: in plurimis tamen longè diversissima est natura mandati: in quo cur etiam levissima culpa veniat infrà *cap. prox.* explicabo.

Observanda est etiam exceptio à superiore sententia: videlicet, in precario non tantum dolum & culpam latam venire, sed etiam levem culpam & omnem causam, post editum interdictum & moram: hoc est, si quis repositi precarium non statim restituerit, sed moram fecerit; expectans, dum adversarius qui precario concessit, interdicto cum ipso experiretur. *l. 8. quæsitum est. §. 6. Et generaliter. vers. planè. ff. de precario.* ubi notandum est particulam *PLANÈ* notam esse exceptionis, ut etiam in *§. sic itaq. vers. planè. & §. seq. vers. planè. Instit. de Action. & passim alibi.* sicut etiam particula *SANÈ* in *§. æquè. vers. sanè. eod. tit. & alibi.* Ratio hujus

huius exceptionis, cur inquam hoc casu is qui precarium rogavit, durius obligetur & aliquid amplius quàm alijs præstare debeat, est odium moræ, & detentationis rei alienæ: quæ semper odiosa esse solet. Debebat enim confestim reposcenti suam reddere, cuius nulla est causa retinendæ invito domino. *d. l. 2. §. 2. & l. 12. cum precarium. & l. 15. & habet. digest. de precario.* Huic simile est quod suprà dixi de Deposito inter Exceptiones: nempe, quod depositarius qui secum agi passus est, cum moram fecisset in restituenda re, præter dolum etiam culpam præstat.

Huic addenda est & altera Exceptio: Nisi pacto: convenerit inter precarij rogantem & concedentem, ut amplius quid præstaretur præter dolum & culpam latam: *arg. vers. sed hæc ita. h. leg. nostra.* hoc enim pactum est validum & observandum. Illud autem pactum est inutile, ne ante certum tempus auferri possit res ei qui precario rogavit, utpotè contrarium naturæ precarii. *l. 12. in princ. ff. de precario.* cui tamen Anton. Desrio hanc limitationem addit: Nisi illud pactum ea forma concipiatur, ut negotium transeat in alium quempiam contractum, non repugnante significatione verborum; ut videlicet magis sit Commodatum quàm Precarium.

Sequitur postremò locus de ACTIONIBUS, quæ precarii nomine dentur. iam suprà autem dictum est. Civilem quidem Actionem nullam hoc nomine esse. *l. 14. Interdictum. ff. de precario. & l. 14. Eum qui. §. 15 qui precario. digest. de fureis.* Introductum est igitur loco actionis civilis Interdictum, quod Paulus in *d. l. 14.* vocat *de precarij*; eòdem usitatus dicatur *de precario.* Est autem hoc interdictum Recuperandæ possessionis: nam hoc agit, hoc intendit, is qui tali interdicto experitur, non ut adipiscatur possessionem, non etiam ut retineat; sed ut recuperet. Est enim is qui concessit precarium, animo non discessit à possessione: tamen quia is qui rogavit corpore possidet, ut est in *l. 15. & habet. §. Eum qui precario. ff. de precario.* meritò adversus eum agitur ad id, ut rem restituat. Porro cum Interdicto de precario concurrat etiam Actio præscriptis verbis, quæ *incerti conditio* appellatur in *l. 19. Duo in solidum. §. ultim. digest. de precario.* & ex bona fide oriri dicitur, in *l. 2. §. 2. digest. eod. tit.* id est, ex æquo & bono: ex quo & aliæ conditionum species nascuntur: v. g. Conditio indebiti, item sine causa, & ob causam datorum, &c. Præterea puto etiam alias actiones concurrere: ut sunt Ad exhibendum, & Rei vindicatio, si precario concedens fuerit dominus rei; argumento eorum quæ suprà dixi de Actionibus ad depositum repetendum competentibus. Sed ex his remediis omnibus difficillimum est illud Rei vindicationis: nempe ob difficultatem probandi dominii. Consultius ergò faciet is, qui alia remedia multò faciliora elegerit. Quæ cautela perpetuo observanda est, quoties plura affinia remedia in iure dantur. Interdum etiam fit, ut non detur interdictum de precario; sed illo cessante, sit actio de peculio, vel de in rem verso. Exemplum est in *l. 13. si servus. in posteriore legis parte. ff. de precario.* nempe si servus vel filiusfamilias alicujus suo nomine precario rogaverit, ignorante domino vel patre. Aliud est si non ignorante, sed vel mandante vel ratum habente domino vel patre servus vel filiusfamilias precario rogaverit, & quidem ipsius nomine, ut est in priorè parte ejusdem legis.

K

Et

Et hæc de precario illo, cujus in Iure civili fit mentio, quod (ut dixi) longè usitatus & crebrius est nomen numero singulari quàm plurali: & solus (quod sciam) Paulus etiam plurali *precariis* usus est l. 14. ff. de precario. Diligenter autem ab eo discernenda sunt alia duo genera à Iuris Canonici Doctorib. excogitata, & in mores recepta: quorum unum vocatur *precaria* genere fœminino, numero singulari: Alterum *precaria* genere fœminino, numero plurali. Inter quæ duo ita distinguunt: ut *precaria* fiat ad mortem, nec ante revocari possit: in quo ferè convenit cum usufructu, qui etiam est Ius ad vitam durans, & morte finitur. §. finitur. Inst. de usufr. l. 1. & l. 3. §. ult. ff. quib. mod. usufr. amitt. Vnde etiam Antonius Contius rectè scribit, precariam esse instar usufructus. *Precaria* autem in plurali numero, singulis lustris, id est, quinto quoque anno renovantur. Videatur Hostiensis in *Summa tit. de precariis*: cujus versus quatuor memoriæ inservire iustos refert glossator Iuriscanonici, d. tit. De iisdem videatur & Cuiacius ad tit. 9. lib. 1. *Feudorum*. & Ioan. Borcholten de *Feudis* cap. 3. n. 46. Dixi etiam nonnihil in *partition. Feudal. lib. 1. cap. 2. quest. 9.*

CAPVT QVINTVM,

DE MANDATO.

Vidimus hucusque ea negotia, in quibus tantùm dolus regulariter ex ipsorum naturâ communi præstari solet: qualia fuerunt, Depositum, & Precarium. Sequuntur jam alii contractus, in quibus præter dolum etiam aliquid amplius præstandum venit. Ex his primum occurrit Mandatum: quod & dolum & culpam & diligentiam recipit. Quam sententiam sive Regulam priusquam explicemus, & confirmemus aliorum Iuris locorum collatione, & per suam rationem, & objectiones, sive rationes dubitandi: quædam permittenda sunt majoris evidentia causa: ut primum de vocabulo. 2. de divisione Mandati. 3. de differentia ejusdem à quibusdam cognatis. 4. de definitione.

Ad VOCABULUM quod attinet, Isidorus id deducit à *manudata*: vel quia manus datio in hoc contractu interveniat, id est, quod negotia manui seu potestati alicujus committantur & subjiciantur. Sed simplicius est, à verbo *mandare* nomen verbale *mandatum* descendere. Plautus in *Mercatore* vocat Rem *mandatum* summa fide ante omnia exsequendum est, ejusque sollicita cura omnibus aliis rebus est anteponenda. Sic enim Comicus ille verbo prævertendi uti solet. In hoc contractu duæ interveniunt personæ: unus qui mandat, alter cui mandatur, sive qui suscipit mandatum: quorum illum vocamus *Mandatorem*, ut in l. 10. §. 11. *Fidejussores & mandatores. l. 26. inter. & l. seq. §. qui mandatum. & l. 28. Papinianus. & l. 60. Creditor mandatorum. ff. mandati. §. mandatum non suscipere. Institut. de mandato.*

dato. Vocamus etiam *Mandantem*: ut §. 1. *Mandantis tantum Institut. dicto titulo.* Appellatur idem etiam *Dominus negotiorum*: ut in l. 1. & passim. *digest. de Procuratoribus.* Hunc autem *Mandararium*, & sæpè etiam *Procuratorem* dicimus: ut l. 7. *salarium procuratoris.* & l. seq. l. 10. l. 55. *procuratori. ff. Mandati.* & tot. tit. D. & C. de *procur.* Nam omnis procurator, siue sit rerum forensium, ac judicialium siue aliarum, constituitur per mandatum. l. 1. in princ. & l. 24. *licet.* §. 2. *Ea obligatio. digest. de procurat.* Aliquando etiam dicitur *salariarius*: ut in l. 10. §. 9. *Idem Labeo. ff. Mandati*: videlicet à salario, quod percipit pro operâ, honoris & remunerationis causa: hujus tamen nomine ipsi datur non mandati actio, sed extraordinaria cognitio, si certum aliquod salarium sit promissum. Nam de incerto planè nullum datur remedium. Germanis nostris Procurator est ein *Gewalthaber* / Item *Gewalt* *mittelst*: ut Mandatum ipsum vocamus ein *Gewalt* / oder *Vollmacht*. Usitata sunt autem in hoc contractu ista ferè verba: *Rogo, volo, mando, pero*, & alia horum similia. l. 1. §. *item siue.* & l. ult. §. 1. *ff. Mandati*: quæ verba ferè etiam in fideicommissis sunt recepta. §. ult. *Inst. de singulis reb. per fideicom. vel.* neque tamen propterea exilimandum est, ad hunc contractum necessaria esse verba, ita ut absque illis non consistant: multò minùs, hunc contractum verbis fieri. Immo consensu nudo contrahentium etiam inter absentes constitit mandati obligatio, ut est in l. 1. *ff. mandati*, & in l. 2. in pr. *ff. de oblig. & act. & init. tit. Inst. de oblig. ex consens. & tit. Inst. de his per quos agere poss. vers. procurator.*

Cùm autem consensus sit duplex, alius expressus, qui scilicet vel voce vel scriptura declaratur, vel etiam per nuncium: alius tacitus, cùm quis præsens est negotio, quod suo nomine geritur, & patitur, nec recusat, aut contradicit, aut vetat: in summa, quando non ostendit ullo signo se invito id fieri: consequens est, mandatum quoque sic *D I V I D I*, & duplex constitui; *Expressum* scilicet, vel *Tacitum*. Posterioris generis exempla præbent hæc leges: l. 6. §. *si passus sim.* l. 18. *qui p. utitur* & l. 53. *qui fide alterius. ff. mandati.* v. g. Pro te præsentem & tacentem & patientem ultro fidejussi. Hic inter me & te intervenit tacitum mandatum, cujus vi teneris mihi actione mandati, ad recuperandum id quod pro te solvi ex causa fidejussionis, etiam si nullo verbo te rogaverim, ut pro me fidejuberet. Semper enim, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur: ut inquit Ulpianus noster in l. 60. *semper. ff. inf. h. r.* Aliud est, si pro te præsentem & vetantem fidejusserim. Nam hic neque mandati neque negotiorum gestorum contra te datur Actio. d. l. 6. §. *si passus, in verbis*: nisi pro invito quis intercesserit. & l. 40. *si pro te præsentem. ff. mandati.* Cui simile est, quod si quis prohibeat, ne alter sua negotia gerat, prohibitio illa tollit actionem negotiorum gestorum post prohibitionem. l. ult. *C. de neg. gest.* Ratio differentia est, quia hic deest consensus ex persona ejus, pro quo fidejubetur. Sine consensu verò utriusque partis, mandatum non contrahitur. arg. l. 55. *In omnib. & l. 57. ff. de obl. & act. & d. l. 1. in pr. ff. mand.* Aliud quoque est, si quis pro absente & ignorante fidejusserit. Nam hic non habebit actionem mandati, sed negotiorum gestorum. l. 20. *ex mandato.* §. 1. *ff. mandati.* Ratio cur hoc casu detur actio negotiorum gestorum; mandati non detur; hæc est, quia mandatum nullum intervenit:

quod tametsi etiam inter absentes contrahi potest per nuncium vel per epistolam. l. 1. §. 1. ff. *mandati*. & l. 2. *versunde*. ff. *de oblig. & act.* & d. 111. *Instit. de oblig. ex consensu*, & *tit. de his per quos agere possunt*: tamen hic neutrum intervenit. Interim tamen quia negari non potest negotia absentis gesta esse à fideiussore: propterea eum indemnem præstari æquissimum est: ut recipiat à domino negotiorum quidquid ei abest hoc nomine, vel quicquid abfuturum est. l. 2. *in fin.* ff. *de negotiis gestis*. Sic alibi quoque inter præsentis & absentes distinguitur: ut in l. 22. *si mandavero*. §. *si curator*. ff. *Mandati*. Atque hæc breviter de prima divisione mandati in expressum & tacitum. Est & alia divisio sumpta à fine sive utilitate, cujus scilicet gratiâ mandatum contrahatur: ut videri potest in l. 2. ff. *Mandati*. & *in initio tit. Institut. cum & seqq. Institut. de mandato*. Rursum alia est mandati divisio, quæ vel est generale, vel speciale; sive procurator vel datur ad omnes res, & ita ut sit totorum bonorum administrator ex mandato generali, vel ad unam duntaxat rem vel ad litem aliquam. d. l. 1. §. 1. & l. 3. & l. 58. *procurator, cui generaliter*, & l. 63. *procurator totorum bonorum*. ff. *de procurat.* Addiderunt Dd. etiam hanc divisionem, quod procurator alius sit *cum liberâ administratione*, (ipsi vocant per ellypsin, *Procuratore cum liberâ*) alius *sine liberâ*: quam tamen reprehendit Giphanius *ad tit. de procurat.* & *in tract. de divis. juris*. Hæc sufficiant de divisionibus mandati & procuratoris: Quibus & hoc addo: In judiciis, sive ad litem, ut constituatur procurator, non sufficere tacitum mandatum, sed requiri expressum: Idque ided, quia in judiciis major requiritur solemnitas quàm in extrajudicialibus negotiis: Deinde quia in primis cavendum est ne judicia reddantur elusoria. *arg. tit. Instit. de satisfact.* Facile autem eludi possent, si procurator rei alienæ admitteretur etiam sine expresso mandato.

Sequitur jam ut mandatum à COGNATIS quibusdam & vicinis negotiis separemus. Habent autem cognationem quandam cum Mandato ista quatuor: *Consilium*, *Commendatio*, *Negotiorum gestio*, *Ratihabitio*, & *Locatio - Conductio*. De quibus ordine videndum. A Consilio igitur differt Mandatum, quod hoc est obligatorium: illud non item. Consilii namque non fraudulentæ nulla obligatio est, & nemo ex consilio mandati obligatur, etiam si non expedierit ei cui datur. d. l. 2. *in fine*. ff. *Mandati*. §. *Tua tantum*. *vers. cujus generis*. *Instit. de mandat.* l. 47. *consilij*. *inf. h. t.* Item in consilio tantum dolus præstat: qui si absit; nulla, ne quidem de dolo, actio datur. d. l. *Consilij*. & *Cic. in epist. ad Att. item Symmach. in Epist.* Deinde à commendatione differt Mandatum: quia ex commendatione hominis nemo obligatur: atqui ex mandato obligatur. l. 12. *si verò*. §. *Cum quidam*. ff. *mandati*, ubi Valerianus refert Epistolam commendatitiam Laconicè scriptam: *Rogo te commendatum habere Sexrilium Crescentem, amicum meum*. Quanquam autem ex commendatione sua nemo obligatur alteri: tamen in commendando non nimis liberales aut profusi, multò minus temerarii ac dissoluti esse debent: sed potius restricti, cauti, & circumspecti: Memores videlicet præcepti Horatiani:

*Qualem commendes etiam atque etiam aspice: ne mox
Incusiant aliena tibi peccata ruborem.*

Teruð

Tertiò *Negotiorum gestio* etiam magnam habet affinitatem cum Mandato: quod vel inde satis intelligitur, quia non solum in *Instis*. proximè post Mandatum de illa explicatur *instio tit. de obl. ex quasi contr.* Verùm etiam in *pandect. tit. de procuratoribus*, qui, ut supra dictum est, per Mandatum constitutum, statim subijcitur *tit. de negot. gestu* idemque ordo etiam in *Codice* observatur: ut scilicet quæ de eodem ferè loquuntur in confinio ponantur ex præcepto Iustiniani. Et similitudo quidem inter hæc duo primùm in eo consistit, quod utrobique negotia geruntur aliena: deinde in eo, ex utroque nascitur ultro citroque obligatio, & actio tam contraria quàm directa: tertiò in eo quòd utrobique exactissima diligentia præstanda est: ut mox de mandato explicabitur, & infra suo loco de negotiis gestis. Sed differunt etiam in aliquibus, v.g. primùm in eo, quod mandati obligatio non contrahitur, nisi præcesserit mandatum domini negotiorum, si non expressum, saltem tacitum, idque ab altera parte fuerit susceptum: In negotiorum gestione ultro quis sese offert & accedit ad aliena negotia gerenda sine mandato. Secundo, mandatum requirit utriusque partis scientiam. Ignorans autem mandati non obligabitur; quia scilicet ignorantia (ut etiam error) non habet consensum: ex negotiorum gestione autem etiam ignorantes obligantur illi, quorum negotia fuerint gesta. Tertiò & ultimo Mandatum est verus contractus: sed negotiorum gestio est quasi contractus, de his differentiis videatur, §. 1. *Inst. de oblig. quæ q. ex contr.* & l. 39. *solvendo. ff. de negot. gest.*

Quarto cognationem quandam habere cum Mandato dixi etiam *Ratihabitionem*: quod patet tum ex l. 60. *semper inf. h. i.* ubi Vlpianus addit, *sed & si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandato actione*: tum ex Regula Iuris Canonici: *Ratihabitionem retroratis & mandato non est dubium comparari. cap. 10. de reg. jur. in 6.* Ratam rem habere, est comprobare & agnoscere quod actum est; ut explicat ipse Vlpianus in l. 12. §. 1. *digestor.* Ratam rem haberi: Nec tantùm verbis, sed etiam actu ratum haberi potest, ut ait Sævola in l. 5. *digestor. dict. tit.* Quamquam autem Ratihabitione comparatur Mandato, & similis est in multis: ut inter alia etiam in eo, quod utrumque potest etiam inter absentes fieri: item quod utrumque non solum in contractibus, sed etiam in delictis & criminibus vim suam exerit: tamen etiam differunt in multis: v.g. primùm in eo quod Mandatum semper præcedit actum; vel certè supervenit, actu nondum perfecto. l. 20. *ex mandato. §. 1. in verb. cum non antecesserit Mandatum digest.* Mandati: Ratihabitione autem semper sequitur. Secundo, Mandatum potest esse etiam de rebus alienis: Ratihabitione vero nisi de re ad nos pertinente est nulla. Tertiò, Mandatum non præsumitur ex diuturnitate temporis quantumvis longi: Ratihabitione autem ex antiquitate temporis præsumitur: Quarto ubi lex & statutum requirit mandatum ad formam & validitatem actus, ibi necessario intervenit mandatum, nec sufficit ratihabitione. Quinto in Mandato est Veritas; sed in ratihabitione est fictio juris. Sexto, Ex mandato nascitur actio Mandati ex ratihabitione oritur Negotiorum gestorum actio: ut communis est opinio Dd. quam etiam tueretur Pet. Peccius. in *commentar. ad dict. cap. 10. de reg. jur. in 6.* ubi numer. 7. refert di-

inctionem Saliceti ad l. 9. si pecuniam. C. de negot. gestis. ad quam legem etiam Accursius jam olim valde se torfit, ut solveret antinomiali quæ est inter illam l. & inter d. l. 60. h. tit. Nam lex 9. dat ex rati habitatione actionem Negotiorum gestorum; cum d. l. 60. det mandati actionem. Videri potest & alia distinctio apud Henr. Bocerum in comment. ad h. l. pag. 108. Habet denique Mandatum etiam cognationem cum Locatione & conductione; præsertim quando in hac opera præstatur: sed differt in eo potissimum, quod mandatum sit gratis, sine mercede; at locatio conductio cum mercede: ut paulo post dicetur in explicatione definitionis Mandati. His differentiis quæ sunt inter mandatum & cognata quædam negotia rectè addiderit aliquis etiam differentias quæ sunt inter Procuratorem & Advocatum. De quibus consuli potest Cuiacius in paratis. C. ad tit. de procurat.

Sequitur DEFINITIO Mandati est autem contractus qui sit consensu de negotiis honestis mandatoris gratuito & sine mercede administrandis, expediendis, sive procurandis, per mandatarium animo procuratoris. Cujus definitionis singulæ partes ordine nobis sunt expendendæ & probandæ. Et quidem primo quod sit contractus consensu factus, probatur satis per l. 1. ff. Mandati, & l. 2. ff. de oblig. & action. & constat ex Inst. tit. de obl. quæ ex cons. Deinde quod negotia debeant esse honesta, vel inde satis patet, quia rei turpis nullum est mandatum: sive, mandatum quod contra bonos mores est, non est obligatorium: sive, mandatum rei flagitiosæ nullas vires habet. l. 6. §. Rei turpis, & l. 12. si verò. §. si adolescens luxuriosus. digestis. Mandati. l. 35. quod sapè. §. veneni mali. ff. de contrah. empr. v. g. de sacrilegio, de vulnere alicui infligendo, de homine occidendo, de furto faciendo, de damno, de injuria. l. 22. si mandaverò §. 6. qui adem sacram. ff. Mandati. §. illud quoque mandatum. Inst. eod. Estque hoc generale in omnibus contractibus, pactis & stipulationibus, ut si quid turpe & contra bonos mores contineant, nullius sint momenti. l. 27. si unus. §. 14. pacta quæ turpem. ff. de pactis l. 26. generaliter & l. seq. l. 35. si stipulator. l. 61. stipulatio. l. 123. si flagitii. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de condit. ob turpem causam. Talia namque ne quidem facere nos posse credendum est, ut præclare ait Papinianus in l. 15. ff. de condition. inst. Quare sicut impossibile obligatio nulla est: ita neque rerum turpium ulla contrahi potest obligatio.

Porro quod gratuito & sine mercede mandatum suscipiendum sit, habetur in l. 1. §. ult. ff. Mandati in l. 20. si contra inst. Cod. eod. tit. l. 15. litem Cod. de procur. §. ult. Inst. de mandato. Nisi enim gratuitum sit, mandatum nullum est, ac in aliam formam negotii cadit: & quàm primum pro opera intervenit pecunia sive merces, jam res potius respicit ad locationem & conductionem. Hoc tamen quod dictum est, mandatum gratuitum esse debere non ita strictè accipiendum est, quasi omne omnino etiam honorarium sive salarium sive remunerationem excludat & respuat, eovè accedente vitietur mandati contractus. Nequaquam. Imo verò admittit honorarium sive salarium remunerandi causa laboris & industria. l. 6. in princip. ff. Mandati, ubi vocatur honore, eadem ratione, qua Cicero ad Tyro- nem suum scripsit: habe honorem medico, cum vellet ac juberet, honorarium ipsi persolvi pro opera curatæ valetudinis. Sed de salario hæc adhibenda est distinctio. Aut salarium incertâ pollicitatione promissum est procuratori, non expressa

pressa quantitate ejus: Et tunc peti non potest: l. 17. *salarium* & l. 56. *qui mutuum*. §. *salarium* ff. *Mandati*, quod eam rationem habere puto, quia qui incertum quid & in genere duntaxat promisit, is potest vel minimam rem præstando liberari. Quæ causa est, cur etiam stipulationes & legata generalia plerumque non valeant. l. ubi. 75. ff. *de verb. oblig. leg. 69. Cum post divortium*. §. *gener. ff. de iure dotium, cum similibus*. Aut certum quid definitum salarii nomine constitutum est: & hoc peti potest, non quidem mandati actione, sed extra ordinem, sive cognitione prætoris vel præsidis provinciarum. leg. 1. in fin. & ibi Acursius, Cod. *mandati leg. 7. salarium digestor. eod. tit.* Immo, inquires, salarium cuius certa quantitas est promissa non extraordinaria cognitione petendum est, sed potius actione mandati. leg. 6. in princip. *digest. mandati*, ubi ait Ulpianus mandati esse actionem, si honor (id est salarium) intervenerit remuneranti causa; Mandati vero Actio est remedium ordinarium, cum cognitio sit extraordinaria. Respondeo: datur quidem eo casu actio mandati, sed ad alia potius quam ad salarium consequendum. Neque enim dicit Ulpianus actionem mandati dari ad petendum salarium, quod repugnaret aliis locis supra adductis.

Diligenter autem ab hac pollicitatione salarii discernendum est pactum, quod Dd. vulgo vocant *de Quota litis*: videlicet cum quis incertum litis sive eventum litis redimit, v. g. cum procurator sumptus litis pro domino seu principali prærogat, ea lege ut pars aliqua litis, puta dimidia, vel tertia, vel quarta, sibi detur. Hæc enim conventio interdicta est, ut quæ sit contra bonos mores: & quidem multis legibus tale pactum reprobat, tam in Advocatis, quam in Procuratoribus. ut leg. *sumptus. 13. digestus de pactis. leg. 6. §. ultim. & leg. 7. salarium. digest. Mandati. leg. 20. si contra & leg. 22. per diversas. Cod. Mandati. leg. 15. litem. Cod. de procurator. leg. 1. §. 12. si cui cautum ff. de extraord. cogn. l. 5. si qui advocatorum. C. de postulando*. ubi talibus Advocatis redemptoribus litium (sic enim passim appellantur in jure nostro, qui sunt Græcis *εργολογοι*) hæc irrogatur pœna, ut advocacione ipsis interdicatur, sive ut à sua professione arceantur: cujus pœnæ etiam fit mentio in *dict. leg. 7. digestu Mandati*, & alibi. Notandum etiam est, quod talis conventio ibi appelletur *depradatio*: eadem videlicet ratione, qua & Quintilianus libr. 12. cap. 7. eleganter vocat *pactionem piraticam Causidicorum*. Hoc loco non possum silentio præterire ingenuam confessionem magni sui ætate Iurisconsulti Raphaëlis Fulgosit, quam ipsemet ad perpetuam memoriam extare voluit in *commentar. suis ad leg. 53. sumptus. digestus de pactis*, quod nimirum in sua juventute, cum esset advocatus, sæpè solitus sit per ignorantiam illius Iuris, quod jam retulimus, pacisci cum suis clientibus de quota litis, atque ita ab illis multa acceperit injusta lucra; Tandem vero cum in tales leges incidisset, quæ pactionem istam ut de prædatoriam & piraticam improbant, quod non solum destiterit in posterum: sed etiam seriam pœnitentiam suam injustè factorum eo ipso declaraverit, dum quidquid acceperat olim, occasione huiusmodi improborum pactorum, id omne reddiderit clientibus suis, & quidem cum usuris. Hanc memorabilem historiam facti, quod propemodum simile est historiæ Zachæi, de qua est

in E-

in Evangelio, retulit etiam Theodor. Zvvingerus in *Theatro vite humane* pag. 2497. & pag. 2269. Quæret aliquis, quæ sit causa cur huiusmodi pactum adeo sit odiosum & improbum visum legislatoribus? Bartolus hanc reddit rationem; quia Advocati vel procuratores hac pactione invitentur ad delinquendum; nempe ad litem quo jure quaque injuria etiam calumniosè prosequendam aut certè protelandam. Nam nullum non movebit lapidem, & in omnes se flectet partes, inque omnes formas se transformabit tanquam Proteus quispiam, ut vincat modò litem, is qui eventu ejus tantum sperat commodum. Huiusmodi autem pacta quæ ad delinquendum invitant, legibus improbantur. l. 7. §. pacta quæ turpem. ff. de pactis. Ant. Faber in *Rationalib. Pand. ad d. l. sumptus*. Hanc suam rationem præfert, quia legislator cum lites exerceatur, l. 4. §. 1. ff. de alienat. jud. mut. causa facta l. quidam 21. ff. de rebus creditis. l. per diversas. 34. Cod. mandati. & tot. est. Instit. de pœna temerè litig. nullo modo ferre potest redemptores litium alienarum. Per eos enim fit, ut lites non minuantur, sed multiplicentur, magno cum damno Reipublicæ. Putarim hanc quoque rationem non ineptè reddi posse: quia lite prellus quamvis conditionem, etiam iniquam, facilè acceptaret, si permissum esset suo procuratori vel Advocato ab eo redimere incertum litis eventum, sive de quotà litis cum eo pacisci. argumento eorum quæ de lege commissoria in pignoribus prohibenda aliàs dixi in *paratit. l. i. l. i. Feudal. lib. 1. cap. 11. q. 4.*

Porro quod dixi in definitione Mandati, *de negotiis expediendis*: hoc pertinet ad finem istius contractus, & ad officium mandatarii. Nam idcirco mandat quis amico suo, ut negotia, quibus ipse per absentiam vel occupationes alias superesse nequit, ipse administret, procuret atque expediat. l. 1. ff. de procurat. & facit huc l. 1. ff. de negot. gestis. Quæret aliquis, quid si procurator non potuerit finem negotio imponere, idque expedire, an propterea perdet sumptus, quos bona fide necessario impendit? Minime vero; sed mandati actione eos à domino consequetur, ut rectè respondit Papinianus. in l. 56. qui murum. §. ultim. digestor. Mandati. Immo etiam si litem amiserit procurator, non tamen sua culpa, potest sumptus recuperare quos in eam fecit, ut rescriptum est in l. 4. Cod. mandati. Fecit enim quod potuit, unde nihil est quod ipsi possit imputari. Eventum vero, sive quod res ad optatum finem non sit perducta, præstare non cogitur, perinde, ut neq; consilii exitum quisquam præstare tenetur: quod aliàs latius probavi. Quod denique dictum est de *animo procuratoris*, hoc quoq; necessarium est ad substantiam mandati, & sumptum est ex l. 10. itemq; §. 7. ff. Mandati, ubi non tenetur mandati, qui non animo procuratoris intervenit negotiis alterius, sed tantum affectionem amicabilem promisit alteri in monendis procuratoribus & actoribus ejus, consilioque regendis: nec obligatur, nisi dolo quid fecerit: quo tamen casu non mandati actio, sed doli competit, argumento eorum quæ suprà de consilio diximus. Atque hæc de mandati definitione eiusque explicatione, ut tanto meliùs natura ejus intelligeretur, dicenda fuere.

Nunc ad id quod potissimum in h. l. nostra agitur, confirmandum accedamus, hoc est videamus. Quid in mandato præstandum sit. Regula est, Mandatum recipit

recipit dolum & culpam & diligentiam, eamque exactam; ut *hic*, & l. 8. si procuratorem. §. ultim. ff. Mandati & clariùs multò in l. 13. à procuratore. & in l. 21. in re mandata. Codic. Mandati. Ratio de dolo manifesta est, omniumque contractuum communis, maximè verò eorum qui sunt bonæ fidei. Nihil enim est tam contrarium bonæ fidei ac repugnans, quàm dolo & perfidia: & fidei ruptæ gratia de dolo actio exerceri solet. leg. 1. Cod. de dolo malo. leg. penultim. Cod. de pos. leg. 4. bonam fidem. Cod. de oblig. & action. cum similibus, Sub dolo autem in contractibus etiam latam culpam comprehendi & intelligi, toties jam inculcavimus ad hanc legem ut supervacuum sit repetere. Lata enim culpa dolo est proxima. Porro de culpa levi ratio est, quia qui aliena negotia administranda suscipit, is ipso facto ea videtur polliceri, sine quibus illa rectè administrari nequeunt arg. l. 2. D. de iurisdic. qualia sunt; opera, industria & diligentia, & exactum officium. Hæc igitur in alienis negotiis sive in rebus mandatis maximè præstanda sunt, ut eleganter rescripsit Constantinus Imp. in leg. 21. in re mandata. Codic. Mand. ubi facit oppositionem inter res proprias & alienas. In rebus suis ac propriis unicuique licet esse negligentem; utpote quarum sit liber moderator & arbiter, sive dominus, qui dicere possit illud ex Evangelica Parabola, *Matthæi 20. Annon licet mihi facere quod volo in rebus meis?* (Quamvis interim etiam hoc sit verum, Expedire Reipublicæ, ne quis re sua malè utatur, & interessè Reip. habere cives vigilantes & industrios, & rerum suarum benè gerentes, & locupletes. §. sed & maior. Institut. de his qui sui vel alieni juris sunt. & l. 2. digest. eod. tit. cum ibi notatis) Sed alia est ratio rerum alienarum, quæ non admittunt negligentiam, sed exacto officio gerendæ sunt, adèd ut nihil culpa vacuum sit, siquid in his fuerit neglectum aut declinatum. Videatur etiam insignis locus ad hanc rem apud Ciceronem. in orat. pro Sexto Roscio ab illis verbis. *In privatis rebus. Si quis rem mandat, &c. usque ad verba, fallere cum qui lasus non esset nisi credidisset.* Quem locum primus, quod ego sciam, ad illustrandum jus observavit & consulit Ioan. Oldendorpius Clas. 4. Act. 24. deinde & alii eundem usurparunt, ut Anton. Contius, Giphani noster & Delrio. Per verba autem in d. l. 12. [exacto officio.] Accursius, eumque secuti recentiores, intelligunt exactissimam diligentiam, cui opponitur culpa levissima: quam proinde etiam in mandato præstandam esse verior est sententia, & pluribus etiam interpretibus approbata. Qui sententiæ fundus est in l. 13. à procuratore. Codic. Mandati, ubi Imperatores rescribunt: A Procuratore præstandum esse dolum & omnem culpam. Nota universalem orationem [omnem] Qui verò dicit omne, nihil excludit, ut vulgò quoque dicitur. Comprehendunt ergo ibi Imp. appellatione culpæ etiam levissimam, & non tantum levem; etsi hæc alias culpæ nomine absolutè & sine aliquo epitheto, vel sine particula universali posito, intelligenda venit: deinde in ead. Imperatores tantum excludunt casum fortuitum; & hunc solum negant præstari debere. Ergo præter casum fortuitum omnia cætera præstanda esse significant; nempe dolum, culpam latam, culpam levem, & culpam levissimam, unius ergo exclusio cæterorum est inclusio: & exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, *Iuribus pervulgatis.*

ris. Non est igitur recipienda distinctio Martini veteris glossatoris, quam refert Accursius *ad dict. l. 21.* Dicebat ille, videndum esse, utrum mandantis tantum gratia factum esset mandatum, & tunc præstari à mandatario debere tantum dolum & latam culpam: An verò mandantis & mandarii simul: & tunc præstari debere dolum, & latam culpam, & levem; An denique mandarii tantum gratia: & tunc præstandam esse etiam levissimam culpam, præter dolum & latam ac levem culpam: quia nimirum ad hunc modum in commodato quoque distinguere solet. *leg. 5. §. interdum. & l. in rebus 17. digest. commodati:* de quo mox dicetur *sub cap. seq.* sed (ut dixi) verior est altera sententia, quæ fuit Bulgari *ad h. l. & à pluribus est recepta, nempe:* cuiusquomodi Mandatum semper recipere etiam levissimam culpam, quam veteres ICI exprimunt vocabulo *diligentia. ut leg. 47. culpa. digest. de legatis. 1. leg. 5. §. commodatum. & dict. leg. in rebus digest. commodat. leg. 2. & 3. digest. de periculo & commod. rei vend. l. qui iniuria. §. qui alienus. digest. de furtis. l. 72. socius. digest. pro socio. §. ultim. Instituit. de societate. §. 1. prope finem. Instituit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. cum similibus locis.* unde & Harmenopol. *lib. 6. Epitome Iuris ad h. l. nostram.* culpæ levi opponit mediam diligentiam, sed levissimæ magnam: quod & Antonius Contius ex eo observavit, & Rogerii quoque veteris Glossatoris auctoritate confirmavit. Accedit & ratio ipsa. Nam nisi dicamus, diligentia præstatione aliquid amplius significari præter levem culpam, & quidem denotari hoc verbo levissimam; tunc sequetur hoc absurdum, Iurisconsultos sine causa bis idem dixisse *in dict. l. cum res. 47. §. culpa. de legat. 1. cum locis similibus.* quod à recta ratione loquendi sanorum hominum abhorret. Sed neque restrictio. Carol. Molinæ est admittenda, qui *in tractatu de eo quod interest num. 183. putat, dict. l. 13. Cod. Mandati* intelligendam esse non de quovis, sed tantum de forensi procuratore, sive ad lites dato: quasi videlicet in eo major diligentia requireretur, quam in eo, qui extrajudicialia negotia administrat. Quæ in re secutus est Bartolum & Decium. Sed quod pace tantorum virorum dixerim, falluntur. Nam ubi lex non distinguit, ibi nec nostrum est distinguere. *leg. 8. de pretio. & ibi Bartol. in summa digest. de public. in rem. action.* In *dict. autem l. 13.* non distinguunt Impp. inter procuratorem ad litem, & procuratorem aliarum rerum: sed generaliter dicunt à quolibet procuratore omnem culpam præstandam esse. Quid igitur opus fuit, excogitare in loco alienam distinctionem? Denique nec Eguinario Baroni assentiendum: qui volebat, distinguendum esse inter procuratorem qui salarium accepit, & eum qui non accepit: Quam distinctionem rejicit auditor ejus Antonius Contius 29. & *seq. ad hanc legem nostram.* Hoc ergo firmiter teneamus: Mandatarium sive procuratorem ex hoc contractu ejusque naturâ non modò ad præstandum dolum ac latam & levem culpam, verum etiam ad levissimam obligari, & quidem indistinctè sive mandatum sit utriusque gratia, sive mandantis tantum, sive mandarii tantum: item, sive procurator sit judicialis, atque ad lites exercendas constitutus: sive extrajudicialis & ad negotia administranda datus: denique sive salarium intervenerit aliquod, sive nullum intervenerit.

Quæ

Quæ sententia ut tantò magis confirmetur, ejusque veritas illustretur, amolenda sunt quædam, quæ ei obijci possunt: ut est in primis *lex. 10. Idemq. in princip. digestus Mandati.* ubi dicit Vlpianus noster. Eum qui procurat, (id est mandatarium) nihil amplius quàm bonam fidem præstare oportere. Cum ergo certum sit, bonam fidem opponi dolo sive perfidiæ (ut & supra dixi) consequens esse videtur, in mandato nihil præter dolum præstari debere. Respondeo non hoc vult Ictus, cum ait, nihil amplius quàm bonam fidem præstare oportere eum qui procurat; quasi in mandato duntaxat dolum præstare debeat mandatarius. Hoc enim repugnatet aliis quàm plurimis & manifestissimis locis, ubi præter dolum etiam amplius quid præstatur. (sed bona fides in hujusmodi contractibus porrigit sese ad omnia quæ in ipsis præstanda sunt, atque ita ad levem quoque immodè & levissimam culpam. Et certè mandatarius qui in amici rebus quarum administrationem suscepit, negligenter versatur, non minùs facit contra bonam fidem, sive datam fidem violat, quàm si dolosè ac malitosè in illis sese gereret. Nihil enim hinc neglectum & declinatum culpæ vacat, ut ait Constantinus in d. l. 21. *In re mandati Cod. Mandati.* Eodem ferè recidit solutio Anton. Contii ad hanc *Legem* cum ait, bonam fidem aliter & exactius considerari in mandato, quam in deposito, ut patet ex dicto loco *Ciceronis in orat. pro sexto Roscio.* Alias duas solutiones videre licet apud Accursium ad d. l. *A procuratore. 13. C. Mandati.*

Secundò non obstat l. 8. *si procuratorem. §. ultim. digestus Mandati:* ubi dicitur, teneri eum qui suscepit mandatum de emendo alicui homine sive servo, & neglexit emptionem dolo vel lata culpa. Respondeo, non loqui ibi Ict. exclusivè, quasi tantùm de dolo aut lata culpa teneretur; immodè mox etiam subijcit culpam. Si instas, culpam simpliciter positam significare culpam levem: Respondeo, verum quidem hoc plerumque esse, ut supra multis legibus probatum est, sed tamen interdum pro subjecta materia (secundum quam semper accipienda sunt verba) culpam etiam comprehendere levissimam. Deinde qui dicit culpam levem in aliquo contractu præstandam esse, non continuò existimari debet, voluisse exclusam culpam levissimam, nisi contrarium aliunde appareat.

Tertio non obstat l. 29. *si fidejussor. in pr. & §. quadam ff. Mandati* ubi qui fidejussit pro altero, tenetur de dolo & lata culpa, sive de dissoluta negligentia, quæ prope dolum est, si sciens prætermiserit exceptionem, quæ contra debitorem principalem competebat: v. g. non numeratæ pecuniæ, vel pacti de non petendo, vel de dolo &c. Respondeo cum Duareno, hoc idè fieri, quia negotium illud ejusmodi est, ut non requirat singularem industriam, quæ aliàs exigitur in mandato. *dict. leg. 21. Cod. Mandati.* Ergo inter mandantem debitorem principalem, pro quo quis fidejussit, & mandatarium, eundemque fidejussorem, non hoc actum videtur, ut hinc etiam exactam diligentiam adhibere; sed satis esse visum fuit, si dolo & dissoluta negligentia careret.

Quartò non obstat l. 4. *Cod. Mandati:* ubi procuratori datur mandati actio ad recuperandos sumptus in lite, etiamsi succubuerit, dummodò nihil ab eo fa-

ctum sit culpâ. Ergo à contrario sensu inde colligitur, si quid culpa factum fuerit, procuratorem, qui litem amiserit, non posse sumptus à se factos repetere. Ex quo dicendum videbatur, in mandato culpam levem, non etiam levissimam præstari: quia scilicet quoties culpa absolute posita reperitur, levis intelligitur, non levissima, neque lata. Respondeo regulariter quidem & in dubio, quando non constat aliunde, quam speciem culpæ oporteat intelligere, Culpæ appellatione denotari levem: Veruntamen aliquando etiam levissimam subaudiendam, si suadeat subjecta materia: quæ est utilissima observatio Bartoli in *leg. venditione. vers. si quis fructus. n. 6. ff. de reb. aut. judicis poss. & Baldi in l. quæ fortunis. Cod. de pignorat. act.*

Quintò non obstat, quod mandatum ferè fit in gratiam mandantis, & ad hujus solius utilitatem pertinet; non verò ad utriusque. *leg. 2. ff. Mandati.* Iam regula est: In iis contractibus, qui tantum unius gratia fiunt, dolus tantum præstat, ut *hic, & l. 5. §. Nunc videndum. digest. Commodati. l. 108. Si servus. §. 12. c. m. quid. digest. de legatis 1. & Modest. in titul. 10. libelli qui inscribitur Lex Dei collata cum Legibus Rom.* Respondeo, ut plurimum quidem illa Regula valet; sed tamen interdum fallit: ut ecce, depositum fit unius gratia, respicit enim ad utilitatem deponentis, non etiam depositarii: & tamen læpenuerò etiam in deposito aliquid amplius præstandum est, quàm dolus, ut patet ex iis quæ suprâ diximus *sub cap. 3. de deposito.* Similiter negotiorum gestio est quasi contractus, qui unius tantum gratia fit, nempe domini negotiorum: & tamen negotiorum gestor non tantum dolum & latam culpam, sed etiam levem & levissimam præstat. *§. 1. vers. sicut autem Institut. de obligat. quæ q. ex contr.* quod explicabitur *infra sub cap. 12. de negotiis gestis.* Sicut tutela quoque est Quasi contractus ad unius tantum gratiam, & quidem non ad tutoris utilitatem, sed solius pupilli comparatus. *leg. 1. ff. de tutela §. 1. Institut. eod. tit. & Cicero in Off. lib. 1.* Et tamen tutor præter dolum & latam culpam præstare debet etiam levem, ut *infra probabitur sub cap. 11. de tutela.* Quanquam igitur mandatum respicit utilitatem solius mandantis, nullam verò mandatarii: tamen hic non tantum dolum, sed multò plura præstare debet, & inter cætera etiam culpam levissimam: idque propter tacitam assertionem industriæ suscipientis mandatum, cum propter solam industriam procurator eligatur. Videatur Dynus *ad cap. contractus de Reg. iur. in 6. & additio ad Glossam in l. 13. a procuratore. C. Mandati.*

Sextò & ultimò non obstat, quod mandatario siue procuratori suum officium hac ratione erit damnosum & nimis grave, si tam multa præstare debeat, atque etiam culpam & levissimam. Iam verò suadet æquitas, ut nemini suum officium sit damnosum. *l. 7. sed si quis. digest. testam. quemadmod. aperi. & leg. 67. si servus communis. §. quod verò ff. de furtis.* Ex quo etiam fit, ut mandatario detur contraria mandati actio contra mandatorem ad recuperandas impensas ut servetur indemnis, siue ne quo damno afficiatur is qui suscipit mandatum. *l. 15. si mandasset. digest. mandati.* de quò paulò post dicam. Respondeo: Non ob id erit damnosum

mnosum aut grave mandatario officium suum, quamvis tam arctè, ut diximus, obligetur. Nam cum sponte sua susciperet mandatum (quod ei liberum erat non suscipere. §. *Mandatum non suscipere. Institution. de Mandat. & l. 22. si mandavero. §. ultim. digest. Mandat.*) consentit in eam obligationem, quam jure proditam esse sciebat, vel certè debebat scire, taciteque promisit, se omnia illa præstiturum, quæ illius contractus natura secum fert: quæ qualia essent, vel scivit, ut dixi, vel scire debuit. Iam autem scienti & volenti non fit injuria neque dolus. *l. nemo videtur. 146. ff. in f. h. t. & quæ ab initio sunt voluntatis, ea postea fiunt necessitatis. l. 5. sicut. C. de oblig. & act.* Accedit deinde, quod nisi hic mandatarius intervenisset, fortasse per alium res commodius & sine damno transigi potuissent, ut Cicero quoque significat in *d. loco Rosiniana orationis.*

Atque hæc hætenus de obligatione *Mandatarij*, quomodo & quare is præter dolum & latam ac levem culpam etiam levissimam præstare teneatur. Quæri potest de *Mandatore*, an is quoque de levissima culpa teneatur? Et verum est, mandatorein de levissima culpa non teneri; sed sufficere si præstet dolum & latam ac levem culpam: ut docet Cujacius *Tractat. 8. ad African. per dict. l. 61. de furtis.*

Illud certum est, casum fortuitum in re mandata non præstari à mandatario, nisi hac conditione mandatum susceperit, ut ipsius periculo res esset. *l. 39. Et Aristo. ff. Mandati.* Ratio exceptionis est: quia sibi imputare debet qui facto se obstrinxerit ad casum fortuitum, de quo aliàs non teneretur, utpote in nullo bonæ fidei iudicio præstari solito. Sic & vice versa mandator non cogitur præstare mandatario casus fortuitos: v. gr. si mandatarius dum mandatum exqueretur, fuerit spoliatus à latronibus, vel naufragio res amiserit, vel languore (id est morbo) apprehensus quædam erogaverit in medicos, & pharmacopolas, & c. *l. 26. Inter causa. §. 6. non omnia ff. mandati.* Nec obstat, si quis dicat mandatario suum officium non debere esse damnosum. Respondendum enim, damnum illud fatale non ex officio sive mandati exequendi ratione vel occasione ipsi contigisse, sed potius vi aliqua majore & fortuito.

De modis denique mandati finiendi, ut de revocatione, de renunciatione re integra facta, & de morte alterutrius sive mandatoris sive mandatarii, nihil hoc loco dicam, quia res plana est etiam ex *Insti. iur. de mand.* ubi & de officio mandatarii explicatur, quo scilicet diligenter custodire debeat, neque excedere fines mandati.

Reliquum est ut de ACTIONIBUS, qui ex contractu & obligatione mandati dentur, videamus: quarum una dicitur *Mandati directa*, altera *Mandati contraria actio*: quæ etiam causa est cur ita conceptus sit titulus in *digest. & Cod. Mandati vel contrari.* Ferè autem ubi simpliciter *Mandati actio* in Legibus nominatur, ibi intelligenda est directa potius quàm contraria: nisi aliud circumstantiæ ostendant. Directa Mandati datur mandatori adversus mandatarium: Contraria Mandati (quæ & *contrarium iudicium* appellatur, in *l. 12. si verò non remunerandi §. contrario iudicio. ff. Mandati.*) datur mandatario adversus mandatorem. Et di-

recta quidem aliàs etiam *principale iudicium* vocari solet: quia scilicet ei datur, qui principaliter magis contraxit, sive cuius gratiâ potissimum factus est contractus: verb. gr. qui mandavit sibi rem aliquam emi ab aliquo, habet actionem directam mandati contra eum qui mandatum suscepit, ad rem emptam consequendam, & quicquid circa eam factum est dolo culpavè, etiam levissima, ex quo damnum aliquod incurreret: Contrà is qui alteri rem emit ipsius mandato, habet actionem mandati contrariam, ad id, ut præstetur ipse indemnus: puta ut sumptus pro altero hoc nomine factos recuperet, & quidquid ex ea causa sibi abest: v.g. si sumptus fecerit in vecturas & itinera, &c. hæc omnia inquam ut à mandatore consequatur. l. 10. Idemq; §. 9. Idem Labeo. digest. Mandati. & l. 12. §. 9. si mihi mandaveris. eod. tit. ubi etiam additur de usuris præstandis. Est enim hoc generale in omnibus bonæ fidei iudiciis, ut ex mora debeantur usuræ. l. 32. ff. de usuris, cum similibus. Si tamen convenerit, ut mandatarius de suo salario faceret sumptus, hos reputare vel repetere non potest. d. l. 10. §. 9. Facit hoc, pactum, quod legem contractui dedit, & formavit actionem, ut suprâ dictum. Non tamen semper necessarium est mandatario, ut contraria mandati actione experiatur, cum possit directâ mandati actione conventus reputare ac deducere sumptus, & tantò minùsolvere mandatori: atque ita per modum exceptionis sive retentionis jus suum servare & consequi: Quoniam cui damus actionem, eidem & exceptionem competere multò magis dicendum est, ut habet alia iuris regula. Videatur d. §. 9. l. 10. Interdum ne datur quidem contraria actio mandati; sed ab una tantum parte mandati iudicium redditur: quod accidit, quando is qui mandatum suscepit, egressus est mandatum, sive formam ac fines ejus migravit: Tunc enim ipsi quidem non competit actio mandati contraria adversus mandatorem, sed mandatori adversus ipsum directâ competit. l. 41. potest. ff. mandati. Ratio est quia sibi imputare debet hoc damnum, quod suâ culpa sensit: debuit enim formam in mandato præscriptam servare, & fines mandati diligenter custodire, nec à formâ recedere, cum certum haberet mandatum: cumque excesserit fines ejus, aliud quid fecisse videtur. l. 5. diligenter. & l. 46. si quis pro eo. digest. mandati. §. is qui sequitur. Institur. eod. tit. Nec obstat quod mandatum sit bonæ fidei, non stricti juris. Hoc enim pertinet ad naturam actionis, & ad officium Iudicis in mandati iudicio: minimè verò hinc inferendum est, quòd licebat mandatum in aliâ formâ exequi. Verum tamen usque ad competentem summam, quæ mandato comprehensa est, datur actio contraria, etiam illi qui excessit illam summam, v. g. vel fidejubendo, vel emendo. l. 4. & l. 33. Rogatus. ff. mandati. & d. §. is qui exequitur. Institur. eod. tit. Prævaluit enim hæc benignior sententia Proculianorum; abolitâ alterâ Sabinianorum, qui actionem omninò denegabant. Notabilis autem est differentia inter actiones istas, Mandati Directam & Contrariam: quod directâ infamat (non minùs enim turpe est, condemnari mandati quàm furti, teste Cicerone dist. loco in orat. pro Sext. Roscio.) Contrarium verò iudicium non infamat. l. 1. in verb. mandati contrario judi. 10 damnati. & l. 6. furci. §. ultim. digest. de his qui notantur infamia. & §. ex quibusdam. Institur. de pœna temere litigantium. Rationem hujus differentiæ superiùs exposui

fui sub cap. 30. de deposito: quia scilicet in iudicio directo agitur de fide rupta, cujus pœna merito est infamia. At in contrario iudicio non agitur de fide ruptâ, sed de calculo & indemnitate, sive de rationibus: quæ ferè iudicio sive auctoritate iudiciali expediri ac dispungi solent.

Porro quid in utramque actionem veniat, sive ad quid vel illa vel hæc detur, diligentissimè explicatur à Ioanne Oldendorpio in *class. Act. à quo & libellorum & exceptionum formula* peti potest.

Moveri hîc potest elegans & utilis quæstio: Quoniam constat fideiussorem habere actionem mandati contrariam adversus illum pro quo fideiussit: §. *si quid autem fideiussor. Instit. de fideiussorib. l. 10. Idemq. §. 10. fideiussores & mandatores, cum seqq. l. 20. Ex mandato. §. 1. l. 26. Inter causas. §. præterea. l. 33. Rogatus. l. 53. qui fide. ff. Mandati. quæ actio etiam heredi ejus datur. l. 14. heredem. in princ. ff. d. tir. quæritur, inquam, an fideiussor possit agere mandati etiam antequàm solverit? Quam quæstionem etiam frequentissimè agitari solere præter quotidianam experientiam testatur etiam Marcellus in *l. Lucius Titius 38. §. 1. Mandati.* De hac quæstione videri potest Ant. Heringius Oldenburgicus, condiscipulus quondam noster sub Borcholio, in *Tractatu suo absolutissimo de fideiussoribus, cap. 25: de Actionib. quæ dantur fideiussori. n. 6. 12. & multis seqq. & Valentin. Francus in tract. de fideiussorib. cap. 5. n. 558. cum multis seqq.**

Postremò observandus hîc quoque est concursus affinium remediorum, sive plurium actionum. Primum ergo concurrat cum actione mandati directâ, etiam furti actio. *l. 22. si mandavero §. 7. si tibi centum. ff. Mandati. v. g. dedi tibi centum, & mandavi ut illa dares meo nomine Titio. Non dedisti, sed consumpsisti me invito.* Hoc casu non solum Mandati actione possum te convenire, sed etiam furti: mandati quidem, ex contractu: furti autem ex tuo delicto, nempe quia meos nummos me invito contrectasti. Furtum enim est contrectatio rei alienæ invito domino. Concurrunt autem interdum contractus & delicta. Aliud est, si tibi dederim nummos, ut liceret dare alteri quæ velles. Nam tunc mandati tantum, non etiam furti actio datur, quia non videris me invito contrectasse & consumpsisse meos nummos, sed me volente ac permittente. *dict. §. si tibi centum in dict. l. 22.* Alterum concurrens & affine remedium est cognitio extraordinaria, qua petitur salarium alicui constitutum per pollicitationem. Sed hoc quale sit.

jam satis intelligitur ex superioribus, quæ de salario diximus in.

explicanda mandati definitione..

CAPVT

CAPVT SEXTVM.
DE COMMODATO.

X illis negotiis, in quibus præter dolum & latam culpam aliquid amplius præstatur, secundo loco hîc ponitur *Commodatum*: in quo ex natura ejus diligentia quoque, id est, levissima culpa præstatur: Quod cum dicimus superiora quoque omnia includimus. Nam qui de levissima etiam culpa tenetur, idem procul dubio multoque magis de levi: & qui de levi, is procul dubio de latâ quoque culpa: & qui de hac, is etiam de dolo tenetur. Non est autem difficilis interpretatio Commodati, ut Ulpianus quoque fatetur in l. 1. §. ff. commodati. præsertim cum jam antea nonnihil de eo attigerimus sub cap. 4. de precario. ubi ostendi, quantum interesset, inter commodatum & precarium.

Hoc loco discernendum est ante omnia commodatum à mutuo. Etsi enim nonnulli fortè olim promiscuè hæc duo verba usurpârunt: ut cum scribit Cornelius Fronto in lib. de different. vocabulorum: commodati pecuniam mutuam: & Plautus, Aquam, inquit, hostis hosti commodat: quomodo & vulgus hodie sæpè ista confundit: tamen in usu Juris accuratè hæc duo distinguuntur, plurimumque inter se differunt. Debeinus autem potius ex arte loqui, quàm cum imperitis: & ubi distinctæ sunt res, ibi melius est etiam vocabula esse distincta: cum nomina debeant esse rebus consequentia, & subservientia, utpote quæ sint notæ rerum: ut explicatur in §. Est & aliud. Instit. de donation. & in §. Alio autem modo. Instit. quibus mod. test. infirm. & l. 7. si idem. C. de codicillis. l. 2. in f. C. communia de legatis. Sunt autem hæ præcipuæ differentiæ: Primò, Commodatum est bonæ fidei: sed mutuum est stricti juris. §. Actionum. Instit. de Act. Secundò differunt quoad materiam. Commodatum enim in rebus longè pluribus quàm mutuum consistit. Nam hoc in illis duntaxat est rebus, quæ pondere, numero & mensura constant, quarum datione in creditum itur, & quæ in suo genere functionem recipiunt: ut loquitur Paulus: denique quarum usus nullus esse potest sine abusu, hoc est, nisi consumantur: ut sunt vinum, frumentum, oleum, pecunia numerata, seu nummi, & his similia. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. l. 1. §. 2. ff. de oblig. & actionibus. Agretius de Orthograph. proprietate ac differentia sermonis. Sed commodatum est etiam aliarum rerum, quarum est aliquis usus salvâ manente earundem substantiâ: & quidem rerum non tantùm mobilium: ut vestis, supellectilis, equi, currus, servi, &c. sed etiam immobilium sive soli; ut domus, ut fundi, sive agri. Repudiata est enim sententia Labeonis: existimantis, commodari tantùm res mobiles; sed utendas dari posse æquè res soli atque mobiles: quam ille constituebat differentiam inter commodatum & utendum datum: ut hoc esset generale, sive latius patens, illud speciale. l. 1. §. 1. digest. commodati. Neque tantùm corporales res, sed etiam incorporales possunt commodari. d. l. 1. §. in fine. ff. commodati. v. gr. habita-

bitatio, quæ est species servitutis: omnis autem servitus est jus quoddam, & omne jus est res quædam incorporalis, ut notum est ex principiis Iuris. Tertiò differunt Mutuum & Comodatium, quod in illo transfertur dominium rei, quæ propria fit accipientis, ex quo etiam voluit dictum *mutuum*, quod de meo tuum fiat. *dict. leg. 2. §. Appellata est. de rebus creditis. & initio tit. Institut. quibus modis. re contrah. obligat.* In comodato autem non transfertur rei dominium, ac ne possessio quidem; sed utrumque manet penes commodantem. *l. 8. & l. seq. ff. commodati. §. Item is cui res. Instit. quibus modis re contrah. oblig.* Ratio differentie est: quia comodatium potest habere aliquem usum, quamvis commodatarius neque proprietatem neque possessionem rei comodatæ adipiscatur. Sed rei mutuo datæ usus nullus esset sine abusu & consumptione: quæ proinde etiam præsupponit. siue requirit, ut utens seu consumens rem, sit ejus possessor & dominus factus, ne scilicet videatur rem alienam consumpsisse.

Quartò, Mutuo licet uti pro arbitrio ejus qui accepit: Is enim dominus factus est rei mutuo acceptæ. Dominii autem pars non postrema hæc est, posse re sua uti pro ut voluerit. *l. 21. In re mandata. Codic. mandati. & Bartol. in definitione domini.* Sed commodatarius non nisi certo modo uti potest re, quæ utenda ipsi data est, videlicet ad eum modum, quem præscripsit is, qui dedit. Vnde etiam *comodatium* dictum voluit, quasi *cum modo datum*: Finem autem siue modum certum præscribere est illius qui utendum dat, ut eleganter Paulus in *l. 17. in com. modato. §. 3. sicut autem. ff. commod.*

Quintò, Mutuum dantem oportet esse dominum: quia nemo plus juris in alium transfert quàm ipse habet. *l. 2. §. pen. ff. de rebus creditis.* Ergo qui non est dominus, non potest mutuum accipientem facere dominum. Sed commodantem esse dominum nihil est necesse; immò etiam rem alienam quam possideamus, commodare possumus alteri etiam si scientes alienam possideamus, id est, quamvis malæ fidei sit nostra possessio. *leg. 15. commodare. cum l. seq. ff. commodati, ubi etiam fur & prædo utendum dare possunt.*

Sextò, in mutuo reddenda est non eadem res siue species, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis, naturæ, quantitatis & qualitatis siue bonitatis, etiam si hoc non est discretè cautum in contrahendo. Nam si ita datum sit, ut eadem res reddatur, vel etiam ut aliud genus, puta pro tritico vinum, non erit mutuum, sed prior casu vel comodatium vel depositum; posteriore contractus innominatus, *Do ut des. leg. 2. & l. 3. digest. de rebus creditis. & §. 1. Institut. quibus modis re contrah. in verbis: quandoque non eadem res. leg. 1. §. 2. re contrahitur. ff. de obligationibus & actionibus.* In comodato autem eadem ipsa res reddenda est quæ fuit utenda data, non alia. *dict. §. item is cui res. in verbis: & ob id. de e. re ipsa restituenda tenetur. Institut. quibus modis re contrah. dict. leg. 1. §. 3. in quoque cui. digest. de oblig. & act.*

Septimò, Commodatarius non tenetur de casu fortuito, sed ab obligatione liberatur, si res absque ipsius culpâ perierit vel amissa sit casu vel vi majore. At

M

verò

verò is qui mutuum accepit, etsi rem quolibet casu amisit, tamen obligatus manet, & reddere cogitur. d. l. 1. §. 4. & ille quidem. ff. de oblig. & action. d. §. item is cui. vers. & is quidem. Instit. quibus modis re contrah. l. 11. incendium. C. si certum petatur. l. 4. in princ. l. 9. §. ultim. D. de rebus creditis. Ratio differentiae non illa tantum reddi potest, quia mutuum sit stricti juris; commodatum verò sit bonae fidei: §. Actionum. Instit. de Actionibus, quo in genere nunquam praestantur, quae fortuitis casibus accidunt. l. 5. Codic. de pignoratitia actione. Sed haec etiam, quia qui mutuum accepit, factus est dominus; qui verò commodatum, non est factus dominus, sed proprietates pariter & possessio remansit penes commodantem, ut supra dictum. Jam verò unaquaque res, domini sui periculo est, & domino suo perire potius quam alteri, qui non est dominus.

Octavò; Commodans rem, obligatur commodatario vicissim: id est, mutua inter ipsos nascitur obligatio: At is qui mutuum dedit, non item. Dicam aliis verbis: Ex commodato nascitur utroque citroque obligatio: ex mutuo autem ab uno tantum latere oritur obligatio, nempe debitoris, qui mutuum accepit.

Nonò; Differunt denique Actionibus. Commodatum enim duas pariter actiones: Vnam videlicet Directam, alteram contrariam, ut infra pluribus dicam: sed ex Mutuo una tantum oritur actio, videlicet condictio certi ex mutuo: quae alio nomine Actio pecuniae creditae appellari solet: eaque tenetur debitor qui mutuum accepit: contra creditorem verò nulla huic competit actio, utpote, qui non sit obligatus debitor. Est enim mutui obligatio uni latera, sive ut Graeci eleganter vocant μονόπλευρος, quemadmodum & stipulatio, ut explicat Iohannes Borcholten ad titulum digestorum de verborum obligationibus. Omitto illam differentiam; quod Graeci etiam vocabulis distinguunt ista duo. Nam mutuum vocant δάνειον, praesertim si mutuum sit foeneratitium, seu pecunia foenebris, unde δανειστής, & Latinè danista, foenerator: Commodatum verò vocant χρήσιμ: nametsi propter inopiam linguae hoc vocabulum etiam pluribus rebus attribuerunt. Atque haec de differentiis nobilioribus, quae sunt inter Commodatum & Mutuum.

Sed conveniunt etiam eadem in nonnullis: Ut primum in genere proximo. Nam utrumque est contractus qui sit re, ut constat ex l. 1. digestorum de obligationibus & actionibus. & ex tot. titulum Instit. quibus modis re contrah. obligationibus. Secundò conveniunt etiam in fine. Nam in utroque versatur usus rei. Tertio, utrobique hoc agitur, ut accipientis potius quam dantis utilitates procurentur. Quarto, utrobique aliquid est reddendum: sed diversimodè: in commodato quidem res eadem quae data fuit: in mutuo non eadem, sed alia, ex eodem tamen genere & ejusdem quantitatis & qualitatis, ut supra dictum. Quintò, utrumque sui natura & per se est gratuitum: De Commodato quidem affirmat hoc Imperator in §. item

in §. item is cui res. in fin. Institut. quibus modis re contrah. De mutuo quoque idem colligitur ex leg. undecima, rogasti. §. 1. digestis. de rebus creditis. ubi si dederis tibi decem ut debeas mihi undecim, non amplius, quam decem condici possunt. Non enim contrahitur mutuum, nisi quatenus pecunia proficiscitur, sive quatenus numeratum vel datum fuerit. Nec obstat, quod mutuo potest accedere stipulatio usurarum, quo casu pecunia dicitur *sanctus*. Nam id non est ex natura ipsius mutui, ex qua nihil nisi quod datum est, debetur; sed accedit extrinsecus, videlicet ex vinculo stipulationis, circa quod peti non possunt usurae. l. 3. Cod. de usuris.

Porro à Donatione quomodo Commodatum differat, satis manifestum est ex iis quae supra de precario diximus: nempe Donatio facit rem propriam donatarii. Est enim acquisitio domini, ut habetur in princip. tit. Institut. de donationibus. Et ita quidem res ibi proficiscitur, id est, transit in accipientem, ut nullo casu revocetur, l. 35. Senatus censuit. §. 2. sed mortis causa. ff. de donationibus causa mortis. Commodatum verò non facit rem illius propriam qui utendam accepit, sed natura ejus postulat, ut quandoque restituatur. dict. leg. 8. & l. 9. ff. commodati. & l. 1. §. 3. is quoque. ff. de oblig. & act.

Sed omissis jam Mutuo & Donatione, sicut & precario, videamus de Commodato, quod jam satis superque ab illis separavimus, cum quibus cognationem quandam habere videbatur.

Regula ergo de iis quae in commodato praestanda sunt, haec esto: *Commodatum recipit dolum & culpam & diligentiam.* Quod ita evolvo: In commodato regulariter commodatarius praestare debet dolum, latam culpam, levem culpam, & levissimam culpam. Probatur haec regula, & ejus explicatio, non solum in hac lege nostra, sed etiam aliis multis locis, ut leg. 5. §. nunc videndum versicul. commodatum autem. & §. custodiam. & leg. decima octava, in rebus. ff. commodati. vel contra l. 1. §. 4. & ille quidem. digestis de obligationibus & actionibus. §. item is cui. Institut. quibus modis re contrah. leg. 3. Custodiam. ff. de periculo & commodo rei vendite. Ex quorum textuum comparatione inter se apparebit, promiscue usurpari in jure nostro exactam & exactissimam diligentiam, cui levissima culpa opponitur: sic etiam paterfamilias diligens & diligentissimus pro eodem promiscue usurpatur. Vbi non possum praeterire silentio, insignem observationem Antonii Contii ad hanc legem nostram. In quibus, inquit, quae perfectionem significant non videtur admitti plus aut minus, aut aliquis comparationis gradus. Quod deinceps Hebraei sermonis consuetudine erudite probat: qui gradus comparationis non agnoscat. Nam nec recta linea (inquit) rector invenitur. Ratio est, quare commodatarius etiam levissimam culpam praestet, quia commodatum plerumque continet solam utilitatem illius cui datur; non etiam commodantis.

2. l. 5. §. nunc videndum. vers. commodatum autem. ff. commodati. Quamto igitur plus commodatario concessit is qui rem utendam ipsi dedit, tanto etiam arctius & ad plura æquum est obligari accipientem: & ut eleganter Deltio hic ait, *Cujus est omne emolumentum, ejus omne onus esse debet: arg. leg. secundum naturam. hoc titulo nostro.* Dices; Multum etiam is qui precario rem concessit, indulget accipienti, & tamen qui precario rogavit, tantum tenetur de dolo, ut supra dictum est, *sub titul. de precario.* Respondeo: Immo qui rem precario concessit, minus indulget accipienti, quia potest revocare eam ad nutum suum, & pro arbitrio: id quod non potest facere is qui commodato dedit. Hic enim cogitur expectare donec impletus sit usus rei certus, ad quem concessa est: alioquin in tempestivâ repetitione, non tam juvaretur commodatarius, quam deciperetur beneficio: quod fieri non oportet. *leg. decima septima, digest. commodati. & capitulo unico, in fin. extr. de commodato.*

Videamus & alia quæ obijci possint regulæ nostræ: tum exceptiones quasdam ab eadem: denique actiones commodati, directam & contrariam: & his affinia remedia sive concurrentes actiones cognoscamus. Obijcitur ergo secundo loco, quod Iustinianus in *Institut. quibus modis re contrah. obligat.* tantum exactam diligentiam nominat in Commodato. Ergo non levissima, sed levis tantum culpa in commodato præstanda est. Respondeo: Positivus ibi pro superlativo usurpatur: *exacta*, pro *exactissima*, sicut & in *leg. vicesima prima. Cod. mandati. & in leg. prima, digest. de obligationibus & actionibus*, & aliis in locis. Est tamen etiam quando vice versa superlativus habet vim ac significationem positivi: ut in *leg. si merces. §. penultim. digest. mandati.* Tertiò obstat quod in *leg. quinta. §. nunc videndum. versicul. custodiam. digest. commodati*, dicitur, custodiam planè rei commodatæ etiam diligentem præstari debere. Sed eodem modo responderi debet: *diligentem custodiam* ibi pro diligentissimâ accipi, cui contraria est culpa levissima. Probo hoc loco simili: Paulus enim in *leg. vicesima quinta, heredes. §. non tantum. digest. familia erciscunda*, cum vellet dicere, coheredem præstare coheredi levem, non etiam levissimam culpam, sic ait: *Non tantum dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres &c.* & mox: *non tamen diligentiam qualem diligens paterfamilias*: ubi similiter *diligens* pro diligentissimo accipi debet, quod satis ipse contextus evincit. Quartò obstat, quod in *lege nostra*, qua parte agitur de commodato, tantum fit mentio culpar: Culpâ autem simpliciter nominatâ, intelligenda est levis, non levissima, ut supra non semel dictum. Respondeo: Incivile est, de lege judicare non totâ lege inspectâ, sed particulâ duntaxat ejus arreptâ. *leg. incivile. digest. de Legibus.* & Apulejus elegantissimè in Apologiâ: Oportet enim etiam hîc spectare ea quæ sequuntur: [*In his quidam & diligentiam:*] scilicet *recipiunt*: quæ verba pertinent etiam ad commodatum: & significant in illo quoque levissimam culpam præstandam esse.

Sequun-

Sequuntur Exceptiones. Nam aliquando in commodato tantum dolus praestatur: aliquando tantum levis culpa, non etiam levissima: aliquando etiam casus fortuitus omneque periculum praestatur.

Primum, dolus tantum praestatur his casibus primum ex pacto, hoc est, si ita convenerit inter contrahentes. *l. 5. §. interdum. digest. commodati.* Ratio est, quia pactum dedit legem contractui, & per id concessum est à communi ejus naturae. Secundum, si commodatum fiat in gratiam & utilitatem commodantis; cum regulariter & ut plurimum fiat commodatarii tantum sive utendum accipientis gratia. *d. l. 5. §. interdum. & l. 12. si mei. digestus commodati.* Exemplum est, si quis sponsae vel uxori suae vestes commodaverit ultro, non rogatus, ut scilicet tantum honestius culta ornataque in publicum prodiret, aut domum deduceretur. Aliud exemplum est, si Praetor ludos exhibiturus, vestes utendas dederit scenicis, ultro non rogatus.

Secundum, culpa levis tantum praestatur in commodato, his casibus: primum si ita convenerit inter contrahentes. *d. §. interdum:* deinde, si commodatum utriusque gratia sive ad utilitatem communem utriusque, dantis videlicet & accipientis factum sit. *leg. 18. in rebus. §. hoc ita. digestus commodati. l. 13. si cum venderet. §. venit autem. digest. de pignorat. act.* Exemplum est: Tu & ego cum communibus sumptibus convivium instruxissemus, Sempronium communem amicum nostrum invitabamus ad coenam; & ita partiti sumus operas, ut tu susciperes curam apparatus convivialis; ego argenteam suppellectilem commodarem. Hic si quid per negligentiam tuam fuerit deperditum aut deterioratum sive corruptum, eatenus tantum mihi tenebris, quatenus levis culpa intervenerit: de levissima vero non teneberis.

Denique casus fortuitus & omne periculum in commodato praestatur à commodatario. 1. si ita convenerit. *dist. l. 5. §. sed interdum digest. commodat. 2. si culpa casum praecesserit, per quam factum fuerit, ut res periret: idque etiam si levissima fuerit culpa d. l. 5. §. sed interdum. ff. commodati & l. in rebus. 18. & l. ultim. eod. tit. & cap. un. extr. de commod. ibidemque gl. & l. 1. §. 1. digest. de oblig. & action. Exempli gratia si quis equum dixerit in bellum, quem ad alium usum acceperat, nempe, ut iter faceret per locum non hostilem, & equus perierit: de hac vi major tenebitur cerè commodanti. Sic si quis argenteam suppellectilem, quam ad convivium domi instruendum acceperat, peregrè secum vexerit, & in latrones fortè incidit: tenetur de hoc casu fortuito: ut est in §. item is cui res. in vers. si modo non ipsius culpa, & vers. alioquin. Et merito, cum ipse causam & occasionem huic rei praeberit.*

Ad haec ergo tenetur, & haec praestat in hoc contractu commodatarius. Quæri potest ad quid teneatur is qui utendum dedit? Resp. is regulariter tenetur tantum de dolo: idque idè quia nulla ipsius utilitas hic vertitur, sed accipientis. *vid. l. 61. si servus meus. §. circa commodatum. ff. de furtis,* quod & Antonius Delrio hic rectè annotavit.

Actiones ex hoc contractu oriuntur duæ: Commodati Directa, & commo-

M 3

dat

dati contraria. Directa datur commodanti, ejusque heredibus sive fuerit dominus rei, sive non, (potest enim & is rem utendam dare, qui non est rei dominus.) adversus commodatarium, qui rem utendam accepit, etiamsi fuerit pupillus vel furiosus, dummodò res apud eos salva extet: si sive unus sive plures acceperint: sed cum hoc discrimine, ut inter plures scindatur actio, ex jure novissimo, per Nov. scilicet, *de duobus reis*, nisi nominatim in solidum quisque se obligaverit: datur inquam ad restituendam rem cum accessoribus suis: item ad præstandum id quod interest commodantis si fortè res deterior fuerit reddita: item ut habeatur ratio damni ex eo dati, quod convenerit, ut res certo loco restitueretur, quæ tamen eo loco non fuerit restituta: item ad repignorandam sive luendam rem à creditore, si ab hoc fuerit data, ut posset eam commodatarius pignori dare suo creditori: Item interdum ad cedendum actionem adversus creditorem, qui facta sibi solutione recusat restitutionem pignoris. Contraria commodati datur commodatario, ejusque heredibus adversus commodantem, ejusque heredes: cum ad recuperandas impensas in rem commodatam factas: (dummodò sint majores & necessariae: nam si minores, puta sumptus cibariorum, vel ad voluptatem aut ornatum facti, pertinent ad commodatarium, qui eas impensas repetere non poterit, quia utilitas ad ipsum rediit.) Tum ad id, quod interest commodatarii, rem commodatam non fuisse intempestivè ablatam ante expletum usum: vel rem non fuisse vitiosam, cum id vitium non esset ignotum commodatori, ignorante commodatario; Tum denique ad repetendum à commodatore vel rem commodatam, vel pretium ejus, vel commodatarius rei commodatæ deperditæ pretium sive astimationem præstiterit commodatori, & postea res ad eum aliunde pervenerit, vel etiam si ab ipso commodatore fuerit res surrepta. Nam periniquum sanè foret, simul & pretium rei, & rem ipsam à commodatore retineri: qui hac ratione locupletaretur cum alterius jactura. Horum omnium plenior explicatio unà cum Legum fundamentis potest peti ab Oldendorp. *class. 14. act. 15.*

Cum his actionibus commodati, Directa & contraria concurrunt & alia: ut primum, actio furti: Secundò, actio Legis Aquiliæ de damno injuria dato. Tertiò, actio ad exhibendum. Quartò, rei vindicatio. Quintò, condictio sine causa. Quibus Sexto loco accedat remedium compensationis: quæ est quasi exceptio quædam. De singulis quàm brevissimè eodem ordine dicam.

Primum *Furti actio* concurret cum directa commodati, si commodatarius aliter fuerit usus re, quàm quorsum data erat. *l. 5. §. quinimo. digestis commodati. l. qui furtum. digestis de condict. furt. l. qui jumenta. & l. si is qui. l. qui re. l. si pignore. digestis de furtis. & §. furtum autem fit Institut. de obligationib. quæ ex del. nascuntur.* Quod tamen hanc recipit limitationem, ut extra crimen sit, si quis credat, dominum facilè permissurum, si sciat, ut etiam ad alios usus res conferatur. *§. placuit. Institut. dict. tit. & dict. l. qui re. digestis de furtis.* Ratio hujus limitationis est, quia hîc deest affectus furti faciendi, sine quo furtum non

non committitur. Deinde dixi concurrere hinc etiam *actionem Legis Aquiliae*. Nam si commodatarius rem commodatam sua culpa, aliud est si damnum sit fatale, absque culpa contingens, fecerit deteriore, potest non solum directam commodati, sed etiam actionem damni iniuria conveniri, ad illius damni emendationem. *l. in rebus. 16. §. siue autem & l. unde queritur. digestis commodati*. Tertio, datur commodatori adversus commodatarium etiam *actio ad exhibendum*, cuius mentio fit in *l. 1. §. ultim. digestis dict. titul.* quae actio solet esse preparatoria actionis in rem siue rei vindicationis. *tot. tit. digestis ad exhibend.* Quarto, *Rei vindictio* datur commodatario, qui conventus & condemnatus directo commodati iudicio, aestimationem rei solvit, quae res postea apud ipsum commodantem est reperta. *arg. l. 36. si culpa. digestis de rei vindicatione. vid. Oldend. dict. loco.* Neque vero solum commodatario haec actio datur contra commodantem in casu iam dicto; sed etiam commodanti adversus commodatarium: argumento eorum quae supra tradita sunt, de deposito. Quinto datur eidem commodatario eodem casu etiam *condictio sine causa*, ad repetendam pecuniam siue aestimationem: *argument. l. 2. digest. de condict. sine causa*. Postremo quod de remedio compensationis dixi, habetur in *l. in rebus. §. ultim. digestis commodati*. Potest enim commodatarius directam actionem commodati conventus compensationem obicere actori eidemque commodatari: Cui non obstat *l. ultim. C. commodati*. Nam de ea supra egimus *sub cap. de Deposito*: ubi vide.

CAPVT SEPTIMVM.

DE EMPTO VENDITO,

sive

DE EMPTIONE ET VEN-
DITIONE.

Equitur alius contractus, in quo praeter Dolum & Latam culpam aliquid amplius praestatur, nempe Levis culpa; non tamen etiam levissima, multoque minus casus fortuitus.

Principio autem observanda est differentia Emptionis & venditionis à cognatis quibusdam negotiis, uti sunt ista Quatuor 1. Permutatio. 2. Locatio-conductio. 3. Mancipatio. 4. Donatio, praesertim reciproca siue mutua.

A *Permutatione* quidem differt Emptio venditio, primum in eo; quod *Permutatio* est contractus incertus, siue innominatus, sed *Emptio-venditio* est nominatus siue certus contractus, & quidem recentior permutatione. Nam ab illa, ut antiquiore, originem sumit, teste Paulo *l. 1. ff. contr. Empt. 1.* Quod *Emptio venditio*

ficitur solo consensu, ut notum est ex *Instit. l. de obl. qua ex consensu*, & in *princ. t. d. Empt. & vend.* Permutatio verò non nudo consensu perficitur, sed traditione rerum ultrò citroque factà. *l. 3. C. d. rer. permut. 3.* Quid in permutatione utrinque versatur res, & res datur pro re, ita ut dici non possit, utra sit alterius pretium, & utra sit merx; in Emptione autem hæc duo sunt distincta, merx & pretium. Ab una enim parte est merx, ab altera verò pretium, & quidem pretium certum, consistit in nummis seu pecuniâ numeratâ. *l. 1. digest. de Contr. Empt. & l. 1. ff. d. rer. permut. l. emptionem. Codic. cod. t. 4.* Quod permutans cogitur rem dare; sed vendens cogitur tradere: id est, venditor in Emptorem non cogitur transferre dominium rei venditæ, hoc enim est *dare in usu iuris §. sic itaque. l. de action. & l. ubi 75. ff. de V. O.* Sed liberatur ab obligatione, si tradat Emptori vacuam possessionem, id est ab alio non turbatam, nec occupatam, & si præstet *habere licere*: (quamvis & dominium transeat in Emptorem per consequentiam, non directò, si Venditor fuerit Dominus,) & re evictâ sive per alium jure ablatâ Emptori teneatur venditor de evictione, sive de auctoritate. *tot. tit. D. & C. de Evictionibus.* Sed qui rem permutat cum alio, dominium ejus transfert in accipientem, sive dominum eum facit. Unde & Quinta sequitur differentia: nempe quòd res aliena vendi quidem potest; at permutari non potest. Nemo enim dominium, quod ipse non habet, in alium transferre potest, *argum. l. nemo plus inf. h. t. nost.* VI. Denique effectu quoque differunt, qui in auctionibus cernitur. Nam Emptio venditio parit actionem Empti & venditi: quarum utraque est bonæ fidei: & altera datur venditori adversus Emptorem: altera competet emptori adversus venditorem, ut multis docetur *sub tit. d. Act. empt. & vendit.* Et præclare Iohan. Oldendorp. in *clasi. action. forens.* post Iohan. Petrum. Ferrar. in *formul. libellorum.* Novissimè quoque hanc rem Giphanius accuratâ disputatione persecutus est. in *disput. Ingolstadii habita, me Respondente Anno. M. D. XVI.* Sed ex permutatione nascitur actio planè diversa, quæ tamen & ipsa est bonæ fidei, ut habetur in *§. actio numma. l. d. Action.*

Alterum Emptioni & Venditioni vicinum & cognatum negotium est *Locatio - conductio*: & quidem adeò, ut ei proxima esse & magnam familiaritatem habere cum ea, iisdemque Iuris regulis consistere perhibeatur in *l. 2. digest. Loc. cond.* Quod etiam ex Cajo repetit Justinianus *§. a. l. d. Locatione & conduct.* Veruntamen, quia nullum simile est idem, hi quoque contractus inter se differunt. Nam in Locatione non agitur de re ipsa in accipientem transferenda; ut sit in Emptione venditione: sed tantum de usu rei, pro quo datur merces, sicut in Emptione pro re ipsa detur pretium. Hinc est, quod res locata, v. g. domus, hortus, ager, servus, equus, vestis, &c. non sit accipientis propria, non enim inter contrahentes hoc agitur, neque est hæc natura istius contractus. *l. 65. convenit. digest. d. contrah. empt. l. 39. non solet. ff. Locat.* Tametsi uno alterovè casu speciali in Locatione quoque proprietas transferatur: ut exemplum est in *l. 22. item si pressio. §. cum insulam.* & in *l. 31. ff. jam d. t. Loc.* Sed res vendita sit Emptoris propria: siquidem venditor fuerit Dominus rei: nam alioquin tantum usucapiendi conditio in Emptorem

ptorem bonæ fidei transfertur. Præterea Actionibus quoque differunt, quod per se est manifestum. *l. i. ff. d. Act. empt. & vendit. & l. i. Locari Condukti.* Item *d. §. actionum Inst. d. Actionib.*

Tertiò dixi cum Emptione & venditione habere cognationem quandam etiam Mancipationem. Nam & hæc est imaginaria quædam venditio, testè Cajo, apud Boethium *in comm. Topic. Cicer.* Ea interveniebat olim in actibus quibusdam solennibus, ut in emancipationibus liberorum, item in testamenti ordinatione, ut explicatur *in Institut. tit. quib. mod. Ius patr. por. solu. & §. i. Inst. d. testam. ordinand.* Differunt tamen plurimum: Quia venditio est verus contractus: sed mancipatio est actus legitimus potius, quàm verus contractus: & imaginaria tantùm venditio, ut modò dictum est. Taceo nunc, quòd mancipatio in desuetudinem abierit: cum venditio remanserit in usu, eaque nihil sit crebrius.

Donatio denique, quantum à venditione differat, adeò est evidens, ut penè supervacuum sit, hoc admonere. Nam donatio est: Liberalitas, & gratuitum quiddam, etiam si fuerit remuneratoria, multoque hoc est evidentius in mera & propria donatione. Sed in emptione & venditione non versatur liberalitas, sed negotium geritur, quippe cum pro re detur pretium. Ideoq; in Emptione & Venditione est contractus: sed donatio separatur à contractus, in *l. Aristo. ff. d. Don.* & ibi novissimè hoc monet Giphanius *in commentar.* Præterea Donator non tenetur Donatario de evictione, si res donata fuerit fortè aliena, & per dominum ejus vindicata sive ablata à Donatario, nisi evictionem stipulanti promiserit. *l. 2. Cod. de Evictionib. Paulus lib. 5. Sentent. tit. xi. §. 5.* Sed venditor Emptori tenetur præstare evictionem. *l. i. ff. & C. d. evict.* & quidem etiam tunc, quando evictionem expressè non promisit. ut Imp. Alexander rescriptit *in l. 6. non dubitatur. C. d. Evict.* Nam quæ sunt moris & consuetudinis, ea in Bonæ Fidei judiciis debent venire, etiam si lingua non fuerint nuncupata, ut est elegans text. *in l. 31. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de Edil. edict. & Cicer. in 3. d. Offic.* Rationem autem, quare donator non possit de evictione conventi, quam non promisit, reddit, Paulus *lib. 5. sent. l. 11. de Donat. §. 5.* ubi vide & Cujacium.

Constitutis ad hunc modum differentiis, quibus emptio & venditio à cognatis negotiis discernitur, jam non erit difficile eam definire. Est enim *contractus, sold consensu factus, de merce Emptori à venditore tradenda* (Idem intellige in persona heredum) & *precio certo venditori ab emptore dando in nummis seu pecunia numerata.* Explicatio hujus definitionis traditur *in Institut.* indeque huc assumi & repeti potest, ut non sit necesse in ea hic immorari. Tantùm observetur memorabilis differentia inter obligationem venditoris & Emptoris. Hic enim tenetur numeros facere accipientis proprios. at ille (venditor) obligatur tantùm ad tradendum rem venditam; non etiam ad dandum, ut dominium in Emptorem transferat: tamen si per consequentiam etiam emptor, cui res tradita est, statim fiat dominus illius, si & venditor fuerit dominus, ut est elegans text. *in l. ex empto. 11. §. 2. & in primis. ff. de act. empt.* Ubi etiam Gothofred. videatur. Hoc ita receptum est propter libertatem commerciorum, quæ non parùm impediretur, si prius anxie de Iure venditoris esset disquirendum, an etiam penes illum sit rei vendendæ dominium:

N

quod

quod dominium sæpè est difficilis probationis. Accedit huc, quod nihil impedit, quo minùs etiam rem alienam liceat habere, ex eaque fructus percipere, quàm diu res possidenti à verò dominio non aufertur. Sed longè alia est conditio nummorum, in quibus consistere debet pretium in hoc contractu §. *pretium. a. Inst. d. Empt. & vend.* Accursius & Bartolus hanc quoq; reddiderunt differentiæ ratione, (quam etiam Gothofredus retulit & probavit, *ad d. l. 11. d. Ad. Empt. & rend.*) Quia venditor est debitor speciei; emptor est debitor Generis: & proinde ille gravius oneratur, quàm iste. Cum igitur magis gravetur in uno, quod scil. præstare tenetur certam rem, & eam ipsam, quam vendidit, non aliam ejusdem generis (hoc enim est *esse debitorem speciei*) merito putetur relevandus in altero, ut non cogatur rem dare, id est, facere emptoris, quod esset alterum onus, multò etiam majus & gravius. Sed quid est *Generis debitorem esse*? Nihil aliud, quàm non debere certos aliquos nummos, sive corpora nummorum, v. g. quæ sunt in illo sacculo inclusa, quæ sunt in illa vel illa arca (hoc enim esset speciem certam debere, sive certa individua, ut vocant Logici.) Sed in genere tot vel tot nummos debere. Quæ etiam causa est, quare incendium, vel similis casus fortuitus, ære alieno non liberet debitorem. *l. 11. incendium C. si cert. petat.* ubi post alios Gothofr. quoque hoc notat. Ratio est, quia debet Genus, quod perire non potest.

An verò venditor præcisè teneatur Empori rem ipsam tradere, an verò liberetur, præstatione eius, quod interest, antiqua est & difficilis controversia: de qua diligentissimè omnium explicat Giphanius *in commen. ad l. 4. Cod. d. Ad. empt. & vend.* & in *disput. de eod. argum. habita* Ingolstadt Anno 1591.

Sed omissis in præsentia pluribus, quæ de contractu hoc dici possent; id, quod hujus legis proprium est, videamus quid scil. ex natura ejus sit præstandum, sive quid in eum veniat, quid recipiat hic contractus. Regula hæc est: *Venditum recipit dolum & culpam*: sive ut hoc paulò explicatius dicamus, *in venditione hac præstanda sunt, dolum & lata culpa, ac levis culpa*: ut hic & convenit. §. *cum. a. Inst. d. Empt. & vend. in verbis, quicquid sine dolo & culpa venditoris accidit*, in eo venditor securus est. Item convenit *l. 35. quod sæpè. §. 4. digest. d. contrah. empt. in verb. talis custodia desideranda est à venditore, qualem bonus paterfamil. suis rebus adhibet: quam si præstiterit. & tamen rem perdidit, securus esse debet.* Quibus verbis describit à Caio diligentia quædam media, opposita culpæ levi, nec aliud dicitur, quàm hoc: venditorem ultra levem culpa nihil amplius teneri præstare. Similiter Alphenus in *l. pen. ff. d. peric. & commod. rei vend. Si venditor*, inquit, *eam diligentiam adhibuisset in custodiendâ insula, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset infortunii, nihil ad eum pertinere*: h. e. Venditor ultra culpam levem præstare nihil cogitur. Atq; ita etiam intelligendum est, quod scribit Vlpian. in *l. 14. in pr. ff. de Furt.* dummodo custodiam præstet venditor ante traditionem, periculum rei ad emptorem pertinere. Hoc ergò teneamus firmiter: Perfectâ Emptione (quando autem perfecta censeatur, ex Institutionibus notum est) venditorem in re venditâ & nondum traditâ, tantum præstare dolum, (sub quo semper in contractib. comprehendimus etiam culpam latam, quæ luxuriæ aut dolo proxima esse dicitur in *l. pen. ff. d. incend. ruin. naufr. & aliis plur. in legib. quas supra adduxi.* & levem culpam, non etiam

etiam levissimam. Ratio est, quia in hoc contractu utriusque contrahentium utilitas versatur, venditoris quidem, ut consequatur pretium pro re, quæ ei supererat, si-
ve qua abundabat: Emptoris verò, ut rem sive mercem, quâ indigebat, habeat.
Nam ob hoc inventa est emptio venditio, ut id quod alteri superest & nobis deest,
comparemus, sponfore velut interveniente nummo, propter faciliorem commer-
ciorum rationem: ut eleganter explicatur ab Arist. in 5. *Ethic.* & à Paulo in l. 1. ff. d.
contr. empt. Iam verò in talib. negotiis dolus & culpa præstatur, id est culpa levis,
non etiam levissima. l. 31. in *navem vers. nam in re, quæ utriusque causa & c. ff. Locat. & l. 5.*
si ut certo. § nunc videndum. vers. sed ubi utriusque. ff. comm. Vbi Vlp. disertè talibus etiam
annumerat Emptum. Dicitur autem (ut hoc obiter admoneam) nunc concisè
Emptum, nunc *Venditum*, pro eo, quod erat plenius *Emptum venditum*, vel *Venditum*
emptum. Nihil enim hîc interest, ab utro correlativorum incipias: cum semper u-
no posito, necesse sit poni & alterum: v. g. posito empto, necesse est poni & vendi-
tum, alioquin fieret illud Plautinum; *Enus antequam ego vendam*, quod est absur-
dum. Si levissimam quoque culpam à venditore exigeremus, fieret ipsi injuria: quia
plus oneris, quàm lucri sentiret: sin autem ne levem quidem culpam præstare te-
neretur venditor, cum culpa illius noceret alteri, quod & ipsum iniquitatis ple-
num foret, ut eleganter explicat Marc. Ant. Delrio ad hanc l. nostr. cap. 9. in fin.

Aliquando tamen fit (quæ est notabilis exceptio à regula.) ut venditor dolum
malum duntaxat præstet; non etiam culpam levem: nempe si emptor sit in morâ
accipiendi rem, id est si venditore parato rem tradere (sicut ad id tenetur secun-
dum superius dictâ) emptor recusaverit accipere, atque ita per emptorem steterit,
quò minus rem habeat. Ita tradidit Paulus in l. 5. *si per emptorem steterit*, & Pompo-
nius in l. 17. *illud sciendum. ff. de peric. & comm. rei vend.* Vbi etiam quærit: Quid ju-
ris sit, si uterque moram adhibuerit, tam venditor scil. quàm emptor? Et respon-
det, posteriorem moram cuique nocere: reprehensâ sententiâ Labeonis, qui vo-
lebat moram per utrumque adhibitam emptori potius nocere, quàm venditori.
Contra Pomponius docet, fieri posse, ut venditori noceat, non emptori: quod
tunc accidit, quando venditor posterius fuerit in mora. Huc pertinet regula Iuris
Canonici, quâ dicitur, *mora sua cuiuslibet est nociva. cap. 25.* ubi videatur Dynus &
P. Peckius, de *Regulis Iuris in sexto*.

Superiora tunc locum habent, quando perfecta est venditio. l. 1. l. 4. *cum*
duabus seqq. C. d. peric. & commod. rei vend. Quando autem perfecta sit aut dicatur
venditio, diligenter explicatur à Caio in l. 35. *quod sapè. §. 5. in his, quæ pondere. & c.*
digest. de contrahend. empt. & in l. 8. necessario. digest. d. pericul. & commod. rei vendit.
juncto princ. tit. Institut. d. Emp. & vendit. Donec igitur imperfecta est venditio,
v. g. dum pendet dies, vel conditio, si res vendita sit in diem vel sub conditione,
non potest emptor esse in morâ, sed venditoris tota est culpa, adèd ut etiam præsta-
re debeat id, quod per levissimam ipsius culpam acciderit, & tantum excusatus sit
ab eo, quod fatali damno sive casu fortuito vel vi majore contigerit l. 2. §. 1. & l. 3. *cu-*
stodiam. ff. d. pericul. & commod. ubi Paulus scribit, venditorem præstare debere
lem rei custodiam, qualem præstant, quibus res est commodata, & diligentiam ex-
exactiorem, quam in rebus suis adhiberet, quibus verbis levissimam procul dubio

culpam significat: hanc enim supra diximus commodatario præstandam esse. Et præstat venditor levissimam. quoque culpam non semper neque indistinctè & quovis casu (alioquin hoc repugnaret superiori regulæ, quæ dictum est, eum non nisi levem culpam præstare.) Sed tunc quando nondum est perfecta venditio, puta, cum vinum ea lege, venditum est; ut admetiretur, si quid ante diem admetiendi factum sit: Itemque est etiam in aliis rebus; quas solemus admetiri, imò etiam, quas annumerare & appendere. *d. l. quod sæpe. 35. §. in his quæ pondere. ff. d. contrah. empr.* Neque hinc ulla sit injuria venditori: nam sibi debet imputare, & de se ipso conqueri, qui sic vendiderit, cum posset aliter sibi consulere.

Præterea etiam is venditor omne periculum præstare debet, quamvis ex levissima ipsius culpa processerit (non tamen ex casu fortuito) qui custodiam rei venditæ in se recepit, (expresso sc. pacto) & promisit emptori, usque ad traditionem. *§. cum. a. vers. quod si Instituit. d. empr. & vend.* Ratio posita est in vi pacti seu conventionis.

Sed quia in rebus, quæ pondere, numero & mensura constant aliquid peculiare, & major quædam difficultas est; quam in cæteris rebus; faciendum omnino videtur, ut de his seorsim explicetur, per necessarias distinctiones ex ipsis legibus desumptas. Sunt autem hujusmodi res, v.g. vinum, oleum, frumentum, argentum, & similia, quorum alia appendimus, alia adnumeramus, alia admetimur in vendendo. In talibus igitur rebus ita distinguendum est. Vel venduntur illæ res aversione, vel non. *Aversione* sive *per aversionem* ea dicuntur vendi ab Ulpiano in *l. 4. si quis vina. §. 1. & 2. digest. de pericul. & commod. rei vendit.* quæ universaliter uno pretio venduntur, quasi cumulatim & acervatim, quantæ & quotcunque fuerint, quod Græci vocant *ἀσπός*, Germani, *vberhaupt verkaufen*. Ita explicat Caius in *d. l. 35. §. in his quæ pondere. & §. seq. ergo & si grex. digest. d. contrah. empr.* Modestinus etiam vocat *rem in aversione emptam*, in *l. 62. qui officii. §. f. digest. eod. titul.* & videatur de hac formula Cujacius *lib. 8. Observat. cap. 15.* Item in *Notis ad Instit. r. de Empt. & vendit.* *Non aversione vendi* res dicuntur; quando non uno pretio venduntur, sed singillatim, puta pretio statuto in singulas amphoras vini in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti: denique in singula corpora sive capita gregis annumerata. *d. l. 35. §. in his quæ pondere*: Atque hæc distinctio aperte etiam indicatur ab Alexandro Imp. in *l. 2. C. d. peric. & comm. rei vend.* Vbi separat venditionem, in qua singulæ amphoræ vini certo pretio constituto veneunt, ab illa, in qua universum, quod in horreis positum erat, sine mensura venit. Similiter etiam Locatio duobus istis modis fieri potest: nempe, ut vel aversione opus faciendum locetur, vel ut in pedes vel mensuras merces præstetur: quæ est distinctio Florentini in *l. 36. opus. ff. Locati* & Africani in *l. praced. eod. t.* & indicatur etiam à Iavoleno in *l. 51. ea lege. §. 1. ff. eod. t.*

Videamus primò de rebus per aversionem venditis. Secundò de rebus, quæ non per aversionem venduntur, quid tam in his, quam in illis sit Iuris, quò ad periculi præstationem. Igitur, si res *per aversionem* venerit, id est acervatim uno pretio omne vinum, omne oleum, omne frumentum, &c. quantumcunque fuerit, simul atque venit, si nihil convenit de gustatione vini, vel de periculo præstando, periculum.

culum in emptorem transit, utpote statim perfectâ emptione & venditione per consensum de pretio & merce. *d. l. 35. quod sepe. §. in his. & l. 62. qui officij. §. fin. ff. de contrah. empt. & l. 4. §. si aversione. ff. de pericul. & com. l. 2. §. Cum autem. Cod. eod. ritul.* Idemque dicendum est, si convenerit, ut vinum degustaretur, (quod tamen raro fit, & difficile est, ut quis ita emat.) Veruntamen, si quis ex magna fiduciâ erga venditorem sic emat sine degustatione, periculum statim erit emptoris. Si verò aliquid, (ut plerumque fit,) de gustatione faciendâ inter emptorem & venditorem convenerit; siquidem ut intra certum diem emptor gustaret; non poterit cogi, ut ante illius diei adventum gustet; nam dies præstitutus meliorem facit conditionem emptoris. *l. 4. §. 1. in fin. ff. de pericul. & com. rei vend.* Sin autem simpliciter, id est, nullo præfinito die, poterit emptor; quâduncumque volet, degustare. Vtroque autem casu ante degustationem periculum pertinebit ad venditorem. Ratio est, quia hic videtur esse venditio conditionalis, quasi sub hac conditione facta, si gustata merx placuerit emptori. *arg. d. l. 35. §. 5. in his. in fin. ff. de contrah. empt.* Iam verò conditionalis venditio non potest dici perfecta, quâmdiu conditio est in pendentia: hæc enim est natura & vis conditionis appositæ, ut suspendat actum *§. sub conditione. l. de verb. oblig.* Et conditionales venditiones tunc demum perficiuntur, cum impleta fuerit conditio, ut eleganter docet Ulpianus *in l. 7. hac venditio. in pr. ff. de contrah. empt.* Sicut etiam in heredum institutione. *l. 1. ff. de condic. instit.* Illud tamen, quod dixi, de periculo ante degustationem pertinente ad venditorem, videtur hanc limitationem recipere, nisi Emptor fuerit in mora, cum esset abmonitus de degustatione faciendâ. Mora enim sua cuique debet esse nociva, ut suprà dictum, *ex l. 15. si vina. ff. de peric. & com. rei vend.* Quod etiam Delrio hic admonet.

Secundò: Si non per aversionem venditum sit, v. gr. vinum, oleum, &c. sed certo pretio in singulas amphoras, vel singula dolia, nominato constituto, siquidem aliquid convenerit de periculo, id servabitur, sive ad mensuram, id est, ut admetiatur vinum, sive non ad mensuram venierit. Si nihil convenerit, & res venierit ad mensuram, id est, eâ lege, ut admetiretur: periculum spectabit ad venditorem usque ad tempus admetiendi. Nam ante non videtur perfecta venditio, sed propè est, quasi res nondum venisset. Si non ad mensuram, id est, absque pacto admetiendi, res venierit, periculum erit venditoris usque ad tempus degustationis, quia tum demum plenissimè videtur venditum, cum fuerit degustatum. Videatur *l. 1. ff. de per. & com. juncta l. 2. C. eod. l. & tabella, quam fecit hac de re Marc. Ant. Delrio ad h. l. n.* Quid si Emptor signaverit vasa vel dolia? videturne facta traditio, ita ut jam periculum sit emptoris? Putabat hoc quidam Trebatius, sed reprehensus est à Labeone, cuius sententiam magis probat Ulpianus *in d. l. 1. quia ob signatio non tam solet fieri in hunc finem, ut res per eam tradatur; quàm ne quid submutetur.* Ratio differentie, cur, inquam, periculum vini per aversionem venditi statim sit emptoris, postquam de pretio convenit, nec pertineat ad venditorem usque ad tempus degustationis, sed altero casu singulis doliis vel amphoris venditis suo pretio, venditor sustineat periculum usque ad degustationem; hæc reddi po-

N. 3,

test.

test: Quia raro solet degustare is, qui per aversionem emit, sed contentus esse plerunque rebus qualescunque fuerint, bonæ, malæ, mediocres, &c. Qui verò vinum ad mensuram emit, id est per amphoras, vel dolia singula, is plerunque non sine gustatione emit. Illud probè notandum est; *periculum*, de quo agitur, subrit. *de peric. & comm. rei vend.* intelligendum esse, ut plurimum de tali periculo & damno rei, quod ex naturali vitio illius procedit, ut est v.g. mucor, vel acor, item effusio in vino; non autem de damnis aut periculis aliis, quæ non ex rei natura, sed extrinsecus casu aliquo fortuito, vel fatali damno seu vi magnâ, accidunt: hujusmodi namque damna ad emptorem spectant, postquam de pretio convenit, etiam pendente adhuc conditione, in venditione conditionali. *l. 10. si in venditione. & l. seq. ff. de peric. & comm. l. 5. C. eod. t.*

Sed huic sententiæ valdè obstare videtur *l. 33. si fundus. vers. nam et si vendideris. ff. Locati. & l. 12. lectos, cum duabus legib. sequentibus. ff. de peric. & commod.* ubi disertè scriptum est, periculum pertinere ad venditorem, v. gr. si fundus fuerit publicatus priusquam vacuus traderetur, & venditor tenetur casu hoc, ex empto. *d. l. 33.* similiter venditoris erit periculum lectorum, quos concidit Ædilis, cum in via publica positi essent, si neque traditi sint emptori, neque in mora fuerit emptor, quò minus traderentur. *d. l. 14. quod si. in pr. ff. de peric. & com. rei vend.* Respondendum est: cum dicitur, periculum rei venditæ casu peremptæ ante traditionem, pertinere ad venditorem: & tamen alibi dicitur, idem esse emptoris: utrumque verum est, sed diverso tamen respectu & modo. Nam venditoris quidem est periculum eo respectu, ut pretium rei peremptæ neque exigere possit ab emptore, & jam exactum atque acceptum reddere cogatur repetenti. *dict. l. si fundus. 33. ff. Locat. & arg. l. f. ff. de condict. causa data, causa non secuta.* Emptoris autem periculo res est, si ante traditionem casu aliquo fortuito fuerit perempta, eatenus & hoc respectu, quod non potest convenire venditorem ad præstandum id quod interest ipsius pluris, id est, ultra pretium rei, rem habere licere. *dict. l. 33. vers. quod hætenus. digestus Locat.* Pretium, inquam, vel retinet, si nondum solvit venditori, vel repetit ac recuperat, si jam dedit. Sed quod ultra precium sua fortè interest, rem habere, id non consequitur. Sæpè autem fit, ut plurimum intersit emptoris, rem habere potius quam ejus pretium: quod interesse, quia non potest emptor petere à venditore: idcirco dicitur ad ipsum quoque spectare periculum rei peremptæ ante traditionem. Videatur Cuiacius tract. 8. ad Africanum. Dices: Immo & pretium amittit hoc casu emptor, non tantum id, quod interest, non consequitur. §. *ultim. Inst. de empt. & vend. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & l. fin. C. eod. tit.* Respondeo: Hos textus loqui de stricto jure: sed Africanum in *dict. l. 33.* respondere de æquitate. Stricto, inquam, jure emptor etiam pretium perdit: sed ex æquitate id retinet vel recipit ac salvum habet, re peremptâ. Ita Cuiacius & Gothofredus hos textus conciliant: quos & Henricus Bocerius sequitur.

Rursum quæret quispiam, cur periculum agrorum seu prædiorum, partim distractorum, partim pro præmio assignatorum militibus veteranis, ex præcepto Imperiali, alibi negatur pertinere ad venditorem, qui nihilominus possit pretium prædio-

prædiorum illorum petere, ut respondit Paulus in *l. Lucius Titius. 11. ff. de evict.* Dicendum est, hoc idem ibi fieri, quia traditio prædiorum jam facta fuerat emptori, ut rectè ibi observavit Cujacius post Azonem. Si distractio illa & assignatio fuisset facta ante traditionem, tum verò ad venditorem pertinuisset periculum, nec pretium illorum prædiorum petere potuisset. Nunc autem, quia illi casus acciderunt post contractam emptionem, ut loquitur Paulus in *d. l. 11.* id est, post eam traditionem consummatam, periculum dicimus esse emptoris; ita ut cogatur & re & pretio carere. Iohannes tamen, antiquus Glossator, ita conciliabat *d. l. 11.* cum *l. 33. ff. Locati.* ut diceret, in *d. l. 11.* fundum esse publicatum ex delicto & culpa emptoris, ideoque hujus esse periculum; sed in *d. l. 33.* publicationem esse factam ex delicto venditoris. Quam solutionem retulit Accursius in *d. l. 11.* post alteram solutionem Azonis: quæ Azonis procul dubio est verior & melior.

Dicitur est de venditione quid in ea præstetur. Quia verò Permutatio cum venditione magnam habet similitudinem; idem quæ de venditione diximus, eadem etiam videntur, præstanda in Permutatione, arg. *l. 2. Arist. ff. de rerum permut.* Diversum est in æstimatoria actione, in qua etiam casus fortuitus videtur præstandus *l. 1. §. fin. ff. de æstimator. act. & l. 5. sicut certo. §. & si forte. 3. ff. commod.*

De Actionibus empti & venditi, & de affinibus remediis videri possunt classes Oldendorpii, & Giphanius in *disputat. de his Actionibus Ingolstadij habitæ*, quam supra quoque non semel laudavi: adiri quoque potest Donellus in *Comment. juris civil.* Nos hic in explicatione illarum immorari nimis longum & quodammodo alienum foret. Illud summatim admonendum est: Ex contractu Emptionis venditionis duas præcipuas oriri actiones: unam *venditi*, sive *ex vendito*; alteram *empti*, sive *ex empto*: quarum illa datur venditori adversus emptorem, ad consequendum præstandumque in primis rei pretium venditæ, & ad usuras ex mora, & si quos sumptus in rem venditam fecerit ante traditionem, ut eos recuperet: denique ad implendum & præstandum id, de quo inter contrahentes convenit, vel quod fert natura hujus contractus. Altera datur emptori contra venditorem, in primis ad rem tradendam, sive ut liceat emptori rem habere, sive vacuum ejus possessionem. Quod si evicta fuerit, ad præstandam autoritatem (unde sæpè in Iure pro venditore *autor* usurpatur. *ff. & Cod. 1. de Evict. & alibi.*) Venit etiam in hanc actionem id, quod interest emptoris rem habere, item id, quod in conventionem est deductum. Vtraque autem harum actionum est in persona (utpote ex contractu) & est bonæ fidei, & directa sive principolis, & datur tam heredibus,

quam contra heredes. Plenior horum omnium explicatio ex dictis

Interpretibus petatur. Videatur etiam *l. 11. ex empto. &*

l. Iulianus. 13. §. ex vendito. ff. de Act. empti.

CAPVT

CAPVT OCTAVVM.

DE PIGNORE.

Pignus quoque est ex eorum numero Contractuum, qui fiunt ad utriusq; utilitatem, ut mox intelligitur. Quocirca rectè & ordine fecit Vlpianus, cum venditor statim subiecit pignori acceptum, docens, quid in eo sit præstandum. Quod priusquam cognoscamus, initid pauca sunt præmittenda, & primò quidem de vocabulo: tum de differentia pignoris & hypothecæ: & denique quotuplex sit pignus.

Ad Vocabulum quod attinet (ab huius enim interpretatione ordiendum esse Vlpianus quoque nos monet, suo & præcepto & exemplo in l. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.) pignus à pugno appellatum est, si Cajo credimus in l. 238. plebs est. §. 2. pignus. ff. de V. S. quia scil. res, quæ pignori datur, manu traditur, & pignus propriè est rei mobilis. Dn. Giphanius in *Tractatu de pignorib.* derivabat pignus ab antiquo verbo *pigneo*, quod ait significasse necesse vel firmo; cuius rei fides penes autorem sit. Ego id nusquam legi. Duæ autem sunt huius verbi notiones, Nam interdum usurpatur pignus de ipsa re, quæ creditori datur securitatis causa. Sic dicitur passim debitor dare pignus, & creditor accipere pignus: item vendere vel distrahere pignus. §. f. in f. quib. mod. re contrah. oblig. in verb. qui pignus accepit. & l. 8. si necessarius: §. si annulo. in verb. acceperim pignus. ff. de pignorat. act. sic in l. 6. §. f. in verb. qui dedit pignus. §. item Serviana. vers. nam pignoris. Inst. de Action. r. r. ff. & C. de distr. pignorum: & plurimis aliis in locis. Aliàs pignus usurpatur de contractu, qui re fit, ut d. §. fin. Inst. quib. mod. re contrah. & l. 1. §. creditor. ff. de oblig. & act. l. solutum. §. 2. si quasi daturus. in verb. ob quam pignus contract. ff. de pignerat. act. l. 1. fin. in verb. rectè pignus à muliere contra: ff. de pignorib. Atque ita etiam in h. l. nostra verbum pignoris accipiendum est, ut apparet satis ex principio legis.

Secundò diligenter discernendum est pignus ab hypotheca. Neque enim frustra hæc duo separantur in ipsa inscriptione *tit. de pignorib. & hypothecis*, tam in C. quàm in D. ut etiam in aliquot seqq. titulis. & Papiniano in l. 2. ff. de pignor. in verb. qui pignora vel hypothecas suscepit. Etsi enim, ut Martianus ait, inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, l. 5. res hypotheca. §. 1. ff. dist. tir. (nempe quia alterum sit Latium, alterum Græcæ originis, sed usu tamen factum Latinum, ut sunt multa alia ex Græcia in Latium traducta nomina, de quibus alibi ex professo tractatur.) tamen hoc Imperator rectè restringit & limitat in §. item Serviana. Inst. de Actionib. quantum scil. attinet ad actionem hypothecariam: quam quidem etiam ipsius Martiani mentem fuisse apparet satis ex inscriptione d. l. 5. quæ sumpta ex libro singulari Martiani ad formulam hypothecariam. Nihil aliud autem est formula hypothecaria, quàm actio hypothecaria, quæ etiam Quasi Serviana dicitur in d. §. item Serviana. Inst. de Actionib. Dicitur etiam utilis Ser-

Serviana in l. i. c. *communis de legatis & fideicom.* In hac, inquam, actione siue quod ad hanc nihil interest, siue pignus siue hypotheca inter creditorem & debitorem fuerint contracta. Hinc non sequitur, ergo nulla prorsus est differentia inter pignus & hypothecam: Committitur enim hic fallacia, quæ vulgò appellatur à dicto secundum quid ad dictum simpliciter. Immo in aliis rebus differentiam inter hæc duo esse fatetur ipse Iustinianus d. loco in §. *item Serviana*. Differentia autem inter pignus & hypothecam non est una: I. differunt toto genere. Nam pignus est contractus, & quidem ex eorum genere, qui re fiunt. §. *fin. Inst. quib. mod. re contr.* & l. i. §. *creditor. ff. de obl. & act.* Hypotheca verò non est contractus propriè loquendo, sed est pactum, siue nuda conventio: quæ Iure prætorio sustinetur, ut & ipsa pariat actionem. l. 4. *contrahitur. ff. de pign. l. 17. si tibi decem. §. 2. de pignore. ff. de pactis.* & l. 33. *non solum. §. qui pignori. vers. planè. ff. de usucap.* II. Pignus propriè dictum est, quando res simul traditur creditori à debitore; sed hypotheca propriè significat rem, quæ sine traditione tenetur nuda conventionione. dict. §. *item Serviana. vers. nam pignoris. Inst. de Act.* Horum prius dicit Guntherus lib. 8. *Ligurini vers. 593. Vadio dare*; posterius *Vadio supponere*. Galli quoque lingua sua materna *Vuadium* appellant, procul dubio à *Vade*. Nam fidei optimus vas est res pignori nexa: quod rectissime monuit Cujacius in *Parat. C. ad tit. de pignorib. & hypothecis. pag. 642.* III. Hinc sequitur, quod pignus possidetur à creditore, & quidem quoad omnes alios effectus, tantum excepta causa usucapionis. l. 36. *qui pignoris causa. ff. de acquir. vel omitt. poss. l. 13. pignori.* & l. 16. *servi nomine* & l. 33. *non solum. §. qui pignori. ff. de usucap. l. pen. §. creditor.* & ibi Accursius in verb. *possessor. ff. qui satul dare cog. l. 35. cum & sortis. §. 1. ff. de pigner. actione.* aded, ut creditor videatur possidere per debitorem illo quoque casu, quo debitor conduxit pignus à creditore. l. *res pignoris. 37. ff. de acquir. poss. d. l. non solum. 33. §. fin. ff. de usucap.* Sed hypothecæ possessio manet penes debitorem, qui tantum nudo pacto rem obligavit, non etiam tradidit creditori. l. *si rem alienam. 9. §. proprie. ff. de pignor. act.* IV. Differunt quoad actiones. Nam ex pignore oritur actio tam in personam, quam in rem: ex hypotheca verò tantum oritur actio in rem. Quæ ex pignore datur actio in personam, ea vocatur actio *pignoratitia* (& interdum *iudicium pignoratitium*.) estque duplex directæ, quæ datur debitori, & contrariæ, quæ datur creditori. Vtræque est civilis, & bonæ fidei. De hac agitur t. t. ff. & C. de *pignor. act.* Quæ verò ex pignore datur actio in rem, vocatur *vindictio pignoris*. l. *si fundus. 16. §. in vindicatione. 3. ff. de pign.* Dicitur etiam *persecutio pignoris* in l. *pignori. 17. eod. t.* Vocatur & *hypothecaria*, & q. *Serviana*, & *utilis Serviana*. d. §. *item Serviana. Inst. de act. & d. l. i. c. communis de legat.* Præterea pignoratitia actio utrinque, uti dictum, est bonæ fidei; sed hypothecaria est stricti juris, vel arbitraria, ut rectè monet Ant. Contius hic. V. Differunt etiam præstationibus. Nam in pignore creditor cogitur præstare dolum & culpam, videlicet levem: sed in hypotheca, id est, pignore non tradito, sed tantum conventionione constituto, creditor tantum de dolo tenetur, sub quo etiam lata culpa comprehenditur, non levis: custodiam verò rei nullam præstare cogitur, ut idem Contius hic admonet, & post eum M. Ant. Delrio. Sed hoc infra plenius explicabitur. Illud autem commune habet pignus & hypotheca, quod utriusque obligatio est accessoria. l. 4. *contrahitur. ff. de pignor.*

O

in verb.

in verb. propter aliquam obligationem intellige principalem perinde ut & fidejussoria obligatio accessoria est. *l. 1. & l. 6. §. fin. & l. 16. fidejussor. §. fidejussor accipi. 3. ff. de fidejussorib.* Ex quo sequitur, ubi nulla sit principalis obligatio (si non civilis aliqua & efficax ad agendum, quæ producit actionem, saltem naturalis, cujus alii sunt effectus, licet actionem non producat, ut compensatio, ut retentio, ut impedimentum conditionis indebiti, item constitutum & novatio &c.) ibi neque accessorium obligationem pignoris vel hypothecæ validam aut utilem esse posse, quia accessorium sine principali non subsistit. *l. cum principalis. h. t. de R. I. & c. accessorium.* ubi Dynus, Peckius & alii, *de R. I. in 6.* Præterea in eo conveniunt, quod quæ res pignori dari nequeunt, in illis nec hypotheca constitui potest. *l. 11. si u qui bona. §. fin. ff. de pignor.* ubi exemplum affertur in juribus sive servitutibus prædiorum urbanorum, quæ nec pignori dari possunt, nec hypothecæ obligari: qua de re ibi post veteres videatur Gothofredus. Denique conveniunt in eo, quod statutum loquens de pignore, etiam de hypotheca intelligendum sit, & vice versa, *Neguz. in tract. de pign. p. 1. n. 8. & 9. quod & Wes. probat. in c. ff. de pig. & hyp. n. 3.* tamen contrarium senserit Bartol. *in l. si rem. §. propriè. ff. de pig. act.*

Nunc tertio loco videndum est, quotuplex sit pignus. Idèò autem hoc in loco necessaria est explicatio divisionis, ut tantò rectius intelligatur regula nostra de præstationibus, sive ad quid in uno quoque pignore præstandum creditor obligetur, neque enim in quovis genere una eademque est præstatio, sed alia atque alia.

Pignus primâ divisione aliud est *privatum*, aliud *publicum*. *Privatum* est, quod privatæ tantum rei causâ & inter privatos constituitur, sine autoritate publicæ. *Publicum* est, quod constituitur interveniente autoritate publica, sive id fiat rei privatæ sive publicæ causa. Deinde pignus privatum subdividitur in *conventionale* & *legitimum*, quod alii vulgò vocant *legale*. *Conventionale* pignus est, quod conventionione contrahentium constituitur, eaque vel expressâ vel tacitâ, sive quod ex conventionibus & pactis hominum nascitur, ut loquitur Imp. *in l. 2. Cod. de præst. pig.* Huc referri potest etiam *pignus testamento constitutum*, quando scilicet testator rem aliquam creditori suo pignori esse jubet. Exempla sunt in *l. 26. non est mirum. ff. de pig. act.* & in *l. Luc. Tit. 12. ff. de alim. leg.* Vbi patronus libertis suis proponitur legasse cibaria & vestiaria annua, pro iisq; prædia sua pignoris jure obligasse. Videatur etiam *l. 9. fundus. de ann. legat. & l. 8. cum hi §. si vni 15. in fi. ff. de transf.* Nam in his quoq; pignoribus testamentariis versatur conventio, & consensus duorum vel plurium, nempe testatoris & heredis & legatarii vel legatariorum. Sicut enim testamenti factio à voluntate dependet testatoris, ita etiam aditio hereditatis à voluntate heredis, & agnitio legatorum à voluntate legatariorum pendet. *Legitimum* pignus est, quod constituitur lege & ipso jure, i. e. sine facto hominis. Sic uxor habet obligata omnia bona mariti, pro dote illata. *l. un. §. & ut plenius. C. de rei ux. act. l. a fiduis. in fi. C. qui potior in pig. hab. l. 29. ubi & l. 30. in reb. C. de jur. dot. §. fuerat. l. de act. vers. sed etiam tacitam.* de quo & infra non nihil attingendum erit *c. X. ubi de Dote*. Si pupilli obligata habent bona suorum tutorum, & adolescentes curatorum. *l. 20. pro officio. C. de adm. tut. de quo sub c. XI. de Tutelu.* Sic liberi pro bonis maternis tacitas habent hypothecas in quibusdam certis casibus in bonis patris. *l. 8. si quis prioris. §. f. C. de sec. nupt.*

supr. l. 6. cum oportet. C. de bon. qua liberis. Sic legatariis & fideicommissariis ipso jure obligantur bona testatoris pro conservandis & consequendis fideicommissis vel legatis. *l. 1. Cod. communia de legat. & §. 1. vers. nostra autem constitutio. Inst. de legat.* Plura exempla videri possunt in *l. in quib. causis pignus vel hypoth. tacite contr. & ibi Hot.*

Publicum pignus est, quando vel rei judicatae exequendae causa pignus capitur, vel contumaciae coercendae. Exempla sunt in *l. 9. si ex causa jud. in pr. ff. de min. 25. an. l. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 1. l. 2. & tit. C. si in causa jud. pig. capt. sit. §. quib. const. l. de satisd. tut. vel cur. ubi pignorib. captis coerceri jubentur tutores & curatores, si non satisdant, rem pupilli salvam fore. Sic *l. 1. §. 3. quid ergo. ff. de ventr. insp. duo recensentur remedia praetoria, quibus cogitur quis in Ius sive ad Praetorem venire, & ad interrogata respondere, nempe ut vel pignora capiantur, & distrahantur, vel ut multa coerceantur.* Primum, inquam remedium est pignoris capio: Alterum est multa dictio. Atque his remediis olim solebant & Sen. Rom. coerceri qui in senatum venire sine justa causa recusassent, teste Cic. *lib. 3. de Ora & Phil. altera.* Huc pertinet quoque pignus praetorium, quod cur privatis annumeret Delrio, causam nullam video. Est autem pignus praetorium, quod constituitur missione in possessionem puta legatorum servandorum causa, vel damni infecti. *l. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. d. l. non est mirum. 26. ff. de pig. act. l. 1. ff. quib. ex caus. in pos. eat. l. 12. misso. ff. pro empt. ubi disertè dicitur pignus praetorium, quando legatarius in possessionem missus est, quod etiam habetur in l. 3. C. ut in pos. leg. & c. & tit. C. de prat. pig.* Est autem notabilis differentia inter pignus Praetorium & Conventionale: quod praetorium non aliter constituitur, quam inductione in rem ipsam, id est, non nisi post iussu magistratus etiam in poss. ventum fuerit: sed conventionale etiam absq; inductione. Quod discrimen rectè animadvertit Accursius ad *l. 2. C. qui pot. in pig.* Est & alia differentia inter pignus Conventionale & Praetorium quod in praetorio tantum praestatur dolus. *l. 9. prator ait. §. Est praeterea. ff. de R. A. jud. poss.* In conventionali verò dolus & culpa, ut mox explicabo. Rectè hoc admonuit Ant. Con. ex *d. l. 9. prator*, in qua lege fundus est hujus differentiae,*

Quaeritur hic: Idemne sit pignus judiciale & praetorium, an verò differant? Et verius est, propriè loquendo, differre: ut Praetorium sit pignus, quod constituitur ex decreto praetoris, quo quis in poss. missus est: Iudiciale, quod constituitur ex causa judicati cum quis à iudice ex sententiâ in poss. mittitur. Accurs. in *gl. l. 2. in verbo induci. C. qui pot. in pig.* ubi sub finem addit, etiam praetorium pignus posse dici judiciale: quod idem etiam repetit ex Azon. ad *l. 2. C. de prat. pig.* Sed de horum duorum differentiis plura videri possunt apud D. Vultej. *lib. 1. Iuris sp. Rom. c. 34.* & apud Giph. in *Com. de Divis. juris.*

His ita praemunitis deinceps videamus & excutiamus regulam, quae ex textu legis nostrae aliisq; locis sumi potest talis: *Pignori acceptum recipit dolum & culpam.* Sensus hic est: Creditor, qui pignus sibi traditum accepit, ex naturâ hujus contractus obligatur debitori, ad praestandum dolum malum, latam culpam, & levem culpam. De levissima verò culpa non tenetur, multoq; minus de casibus fortuitis, seti vi maiore. Idem dicitur non tantum hic ab Vlp. sed etiam ab Imp. in *§. fin. Inst. quibus modis re contr. oblig.* & ab eodem Vlpiano in *l. 5. §. nunc videndum. vers. sed ubi*

ff. commod. & in d. l. 9. §. est praterea. ff. de R. A. jud. possitem in l. 13. si cum venderem. §. fin. cum leg. seq. ff. de pig. act. Vbi ait Vlpianus: *Veni in hac actione* (pro in hanc actionem: more veterum, qui sæpè pro accusativo uti solent ablativo: Et Actionem hinc intellige pignoratitiam directam) & *dolus & culpa, ut in commodato, venit, & custodia, vim major non venit:* & subjungit Tribonianus ex Paulo in l. 14. *Ea igitur, quæ diligens paterf. in suis rebus prestare solet, a creditore exiguntur.* Quibus verbis excluditur levis culpa, quæ à creditore abesse debet. Rursus idem Vlp. in l. 25. *si servos. eod. t.* scribit, creditorem prestare dolum & culpam: eaq; duo non pati, ipsum negligere rem pigneratam. Consentit Paulus in l. 30. *qui ratiario, in fin. in verb. culpam duntaxat ei prestandam, non vim majorem. d. t. de pign. act.* Consentiant etiam rescripta Impp. Alexandri, Gordiani & Philippi in l. 4. §. 6. 7. *C. de pig. act.* ubi creditor non aliter tenetur, quàm si culpa vel segnitia aliqua ipsi imputari possit: Si, inquam, culpæ reus deprehendatur: alioquin periculum amissorum pignorum sive quæ fortuitis casibus accidunt, ad ipsum minimè pertinere dicuntur. Denique congruit cum his omnibus rescriptum Diocletiani & Maximiani in l. 19. *sicut. C. de pign.* ubi creditor cogitur exhibere dolum & culpam: sed vim majorem prestare non habet necesse.

Quæri potest, An eadem regula valeat etiam in hypotheca? Respondeo: Non aliter valet, quàm si possessionem eius nactus fuerit creditor. Nam si nuda tantum conventionione res obligata teneatur, nec possessio fuerit ipsi tradita, creditor de dolo tantum tenetur, nec ullam custodiam pignoris non traditi debet, cum vix locum hinc habeat aliqua culpa.

Ratio regulæ, cur inquam, creditor regulariter ultra culpam levem nihil præstet, hæc est, quia pignus datur utriusq; gratiæ & debitoris & creditoris. Debitoris quidem, quò magis ei credatur pecunia. (Sæpè enim non possumus vel ab amicis nostris, ne dum ab aliis, impetrare mutuum, nisi oppositis pignoribus. Tanta est hominum avaritia & perfidia & diffidentia: quò alludit Martialis, hoc epigrammate:

Cum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis:

Idem, cum promissum agellus, habes.

Quod mihi non credis veteri, Telesine, sodali,

Credis colliculus arboribusq; meis.

qua de re & Seneca alicubi conqueritur.) Creditoris autem, quò magis ei is tuto sit creditum. Plus enim est cautionis in rem, quàm in personam, ut habet regula juris in l. 28. *h. t.* & tutius est, rei incumbere (sicut licitum creditori incumbere suo pignori, quoad sibi fuerit persolutum. *l. fin. vers. licet. C. de prat. pign.*) quàm in personam agere. Fieri namq; potest, ut inanis sit actio personalis, quam excludat inopia debitoris. *l. 6. Nam is nullam. de dolo malo.* Iam verò in contractibus utriusque utilitatem respicientibus præstatur dolus & culpa: ut jam notum est, *ex dict. l. §. nunc videndum. vers. sed ubi utriusq; ff. commodati.*

Ex his facile refelli potest ratio dubitandi, quæ esse poterat: Immo pignus creditoris causâ tantum dari, ut se. ipsius securitati consulatur. Deinde creditorem habere spem, quod pignus ipsius proprium aliquando fieri possit, nempe si debitor in solutione cesset. *r. t. C. de jure domini impetrando.* Ex quo dicendum videbatur, creditorem etiam de culpa levissima teneri. Sed hoc negandum est, quod.

pignus

pignus detur ad solius creditoris utilitatem. Datur enim ad utriusque commodum, ut discretè scribit Imp. in dict. §. *fin. inst. quib. mod. re contr. oblig.* Deinde creditor accipit pignus, non tam spe domini, aliquando in eo impetrandi, quàm metu damni, in quod incursum esset, si debitor non solvat. Ut taceam nunc, quod non statim dominium pignoris impetrari potest à creditore, sed potius aliis vendendum est. *l. r. de distr. pign. ff. & C.* Illud autem pacisci planè prohibetur à Iure, ut debitore non solvente, pignus creditori sit commissum, das ihm das Pfand verstanden sey / quod vulgò appellant *pactum legis commissoriae & Iudaicum*, prohibitum à Constantino Magno in *l. fin. C. d. pact. pign.* de quo aliquid dixi etiam in *parit. jur. Feud. lib. 1. cap. xi. Quaest. 4.*

Exceptio regulæ una & altera notari potest. Prima est in *l. 5. quæ fortuitus. C. d. pign. act.* ubi periculum casuum fortuitorum in pignoribus pertinet ad creditorem, si inter contrahentes hoc placuerit, hoc est, si tale pactum fuerit interpositum, inter creditorem & debitorem, ut amissis pignoribus debitor liberaretur. Ratio exceptionis posita est in vi pacti quo effici potest, ut creditor de casu fortuito & vi majore teneatur, de quibus aliàs regulariter non teneretur. Sibi enim imputet, qui sic pactus fuerit, Cum posset non pacisci, sed jure uti communi. Altera exceptio est: nisi culpa casum præcesserit. Exemplum habemus in *l. 30. qui ratiario. ff. d. pign. act.* ubi creditor, qui pecuniam mutuam dederat ratiario, hoc est ei, qui ratem in flumine exercebat, debitore ad diem præstitutum non solvente, ipso invito ratem eius suâ autoritate detinuit, præstat periculum ratis, quam flumen fortè auctum abstulit. Hoc enim generale est, ut ubicunque casum & vim majorem præcessit culpa, hanc præstare debeat, cuius fuit illa culpa præcedens, quæ occasionem præbuit illi damno subsequuto. *Gail. lib. 2. obs. 21. n. 3.*

Addunt quidam & tertiam exceptionem: nisi pignus datum sit solius creditoris gratiâ, nempe ut is pecuniam suam in tutum redigeret, sive benè collocaret; paratus, etiam sine pignore pecuniam credere amico roganti, tunc enim volunt, eum etiam levissimam culpam præstare debere, quam putant significari per vocabulum *custodia*, in *l. 13. si cum venderet. §. f. digest. de pignor. action. & in l. 19. sicut Cod. d. pignoribus*. Ita Cuiacius *lib. 19. Obs. c. 24.* eumque secutus noster amicus Clariss. Henricus Bocerius *ad hanc legem*: Quam sententiam non improbat etiam Anton. Deltio. Sed hæc exceptio est juris Controversa. Nam alii putant, aliter responderi posse ad *dd. ll.* Et quidem quod attinet ad *d. l. 19. C. d. pignor.* ajunt ibi *custodiam* poni non pro exactissimâ, sed pro exactâ diligentia, sive mediocri, quæ opponitur levi culpæ: quasi dicerent Imp. creditor præstare debet culpam non tantum in omittendo. sed etiam in committendo sive faciendo; vel, ut clariùs dicam, non tantum in pignore non debet esse negligens, verum etiam oportet, ut sit diligens: quorum posterius custodia verbo exprimitur ac requiritur. Secundò, quod attinet ad *dict. l. 13. §. 1. ff. d. pignor. action.* ubi ait Vlp. in pignoratitia actione directa venire & dolum & culpam, ut in commutato: venire & custodiam; de *custodia* quidem eadem est solutio, quæ ad *d. l. 19.* De illis autem verbis: *ut in commodato. &c.* sciendum est, non hoc velle Ictum, quasi utrobique exæquari debeat gradus culpæ, & par in utroque præstari culpa; tanta, inquam, in uno, quanta in altero

contractu, ut sicut in commodato, præstatur etiam levissima culpa: ita etiam in pignore præstetur levissima. Hanc mentem illorum verborum non esse, apparet ex l. 14. mox sequente, ubi ea exiguntur à creditore, quæ diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet. Quòd si levissimam culpam etiam creditor præstaret, debebat Paulus dicere, ea ab ipso exigì, quæ diligentissimus paterfamil. præstare solet in rebus suis. Taceo nunc alia plura loca superius adducta; ex quibus item luce meridianâ clariùs apparet, ultra levem culpam nihil exigì à creditore. Oportet autem nos in legibus interpretandis ita versari, ut Leges Legibus concordemus, ad vitandam *ἀντινομίαν*. Idem ferè sensit Ant. Contius cum ait, comparationem pignoris cum commodato in d. l. 13. non per omnia veram esse: item custodiæ duo esse genera, unam esse plenam custodiam sive diligentissimam: alteram levem sive mediocrem: quo modo distinguitur in l. 2. ff. de peric. & commod. rei vend. Et vocabulum custodiæ simpliciter prolatam accipi pro diligentia mediocri sive mediâ & levi: item plus esse diligentiam quàm custodiam. Idem Contius aliam quoque annotat Græcorum Interpp. distinctionem, qui ad l. 14 ff. d. furt. putant creditorem ad aliud teneri ante solutum pignus: ad aliud verò post solutum. Ante quidem, debere eum præstare diligentiam exactissimam, & qualem commodatarius præstat, adeò ut etiam furtum præstet, quod diligenti patrif. fieri negatur: post solutum pignus tantùm levem culpam. Hoc enim casu pignus non ut pignus, sed ut depositum apud creditorem manere. Sed hanc distinctionem utpote nullis legibus fundatam, meritò repudiandam censeo, & suis autoribus relinquendam. Quanquam enim nonnihil videtur patrocinari Græcorum sententiæ l. 15. creditor. ff. de pign. act. ubi creditor pignus reddens debitori, dicitur re promittere debere de dolo, ubique nihil additur de culpa, multò minùs de levissima: tamen dicendum est, diversam esse quæstionem, quid in redditione pignoris creditor repromittere debeat, aliud verò esse, quærere de eo, quid omninò præstare debeat creditor in pignore & quam speciem culpæ. Ad priorem quæstionem Vlp. respondet, Dolum duntaxat repromittendum à creditore pignus reddente debitori: De posteriore verò quæstione nos hîc tractamus. Repertus est etiam, qui in d. l. 13. mutare auderet distinctionem, & illa verba (ut in commodato venit & custodia) diceret includenda parenthesi. Quâ mutatione non est opus, neque ea recipienda videtur, contra fidem & consensum librorum.

Dixi hætenus, quid in Pignore præstet creditor debitori. Quæri autem potest etiam de debitore, quid is præstet creditori? Hæc quæstio decidenda est ex l. 61. si servus. §. 1. & §. quod si sciens. ff. d. furt. nempe debitorem in pignore dolum duntaxat & latam culpam præstare, si quid scil. in dando pignore admiserit. Videatur Cujac. tract. 8. ad African. item Ant. Delrio & Hent. Bocerus hîc. Exempla sunt in d. l. 61. de furt. ubi debitor tenetur, si servus pignori datus furtum fecerit creditori: sed diversimodè tenetur. Nam si sciens ignotanti furem dederit pignori, tunc cogitur damnum præstare omnimodò; id est detracta noxæ deditio, in solidum solvere: sin autem ignorans; tum pignoratitia actione contraria conventus, habet facultatem relinquendi hominem pro noxæ deditio, nam ignorantia quodammodò ipsum excusat, argumento l. 16. tutor. §. 1. ff. d. pign. act. Aliud exemplum

emplum est in debitore, qui pignori dedit aſ pro auro, vel rem alienam ſciens, vel alteram oppignoratam, vel etiam publicè obligatam. *l. 1. §. f. & l. 16. iur. §. 1. ff. d. pign. act.* qui quidem etiam ſtellionatus crimen committit, quod extra ordinem puni-
tur, *dd. ll. juncta l. 2. ff. ſtellionatus.* Veruntamen ab hoc crimine excuſat ignorantia. *d. l. 16. §. 1.* nullum enim crimen ſine dolo committitur, dolus autè ab ignorante abeſt.

Reſtat poſtremò, ut etiam de ACTIONIBUS, quæ pignoris nomine dantur, pauca admoneamus; itemque de concurrentibus ſive AFFINIBUS REMEDIIS.

Initiò autem diligenter diſcernendæ ſunt actiones, quæ de pignore dantur in perſonam, ab illis, quæ in rem. In perſonam dantur actiones ex contractu pignoratitio, & obligatione inde natà quæ eſt vinculum aſtringens perſonam: proindeque hæ non competunt niſi inter ipſos contrahentes, debitorem videlicet & creditorem, eorumque heredes. Tales autem ſunt duæ: *Pignoratitia directæ*, & *Pignoratitia contrariæ*: Atq; hæc cauſa eſt, cur ita conceptus ſit titulus in Digestis de pignoratitia actione vel contra: quia videlicet conjunctim ac permixtim cum Directæ ibi explicatur de contrariæ actione. *Pignoratitia directæ* eſt; quæ datur debitori adverſus creditorem liberato pignore: quod ſit, poſtquam vel pecunia debita exſoluta eſt, & quidem omnis, nec reproba: vel eo nomine ſatiſfactum creditori: nam tum demum naſcitur hæc actio. *l. 9. ſi rem alienam. §. omnis. & l. 24. eleganter. §. qui reprobos nummos. ff. d. pign. act.* Nec reſert, quis ſolvat, utrum ipſe debitor, an verò alius quiſpiam pro eo: Nam pro alio quoq; ſolvere quis, eumque ab obligatione liberare poteſt. *l. 39. ſolvendo. ff. de negot. geſtis. l. 23. l. 40. ſi pro me quis. & l. 53. ſolvere. ff. d. ſolut. l. 17. maniſeſti juris. Cod. eod. tit.* In omnibus enim ſpeciebus liberationum non ſolùm principalis obligatio extinguitur, verùm etiam acceſſiones liberantur, & fidejuſſores, hypothecæ, pignora, ut ait Vlpianus in *l. 34. in omnibus. ff. d. ſolut.* Neque tantùm ſolutione ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio, *inir. tit. Inſtit. quibus mod. obligat. toll.* atque ita etiam pignus liberatur, & pignoratitia actio debitori naſcitur: verùm etiam oblatione, obſignatione, & deſiſtione pecuniæ debita in loco publico: hæc enim tria conjunctim facta eandem vim habent cum ſolutione. *l. 19. acceptam. Codic. de uſur. l. 9. obſignatione, & ibi. Donell. poſt alios. Cod. d. ſolut.* Prætereà naſcitur pignoratitia actio liberato pignore, ſi creditor ex fructibus pignoris tantum fuerit conſecutus vel conſequi potuerit, quantum ipſi debebatur. Fructus enim ipſo jure minuunt debitum, ſive in ſolutionem computantur non modò uſurarum, ſed & ſortis ipſius. *l. 1. 2. & l. f. Cod. de pign. action. l. 1. Cod. d. diſtract. pignor.* Quod tamen ita demum verum eſt, ſi non intervenerit pactum, ut creditor in vicem ſeu loco uſurarum fructus perciperet & lucraretur, ſuosque faceret. Tale enim pactum (quod quidem expreſſum eſſe debet, neque tacitum ſubintelligitur, ut vult Hotomannus) jure civili valet, & Græco nomine appellatur *ἀντίχρεως* quaſi dicas mutuum uſum, vel quiddam, quod pro uſu percipitur. *l. 33. ſi pecunia. ff. de pign. action. & l. 11. ſi uſ qui bona. §. 1. ff. d. pign. lib.* de quo genere pacti pignoratitii diligenter explicat Borchold. in tract. d. uſuris. Cod. ſup. Magnus Ictus Iohannes Oſendorpius non intellexit, quid eſſet *ἀντίχρεως*; cùm ſcriberet accipi pro contraditorio judicio, ſeu pro illa miſſione in poſſeſſionem, quæ ſit cum contradictione,
ad

ad differentiam sc. aliarum missionum sine contradictione. Quem puerilem errorem idcirco hic noto, non ut optimum illum virum & de jurisprudentia præclare meritum sugillem aut exagitem: (quod mihi semper illiberale facinus visum est,) sed ut eum caveant adolescentes, qui fortè hæc apud eum legerint, *class. 3. act. 10.* Dixi, Iure Civili valere pactum antichreseos. Quid autem sit de Iure Pontificio, exposui in *Tractatu de differentiis utriusque Iuris*. Datur autem ista actio ad hoc, Primum ut creditor solutâ pecuniâ debitori restituat pignus cum fructibus. *l. 40. debitor. §. fin. ff. de pign. act.* etiam si debitor fuerit prædo, id est malæ fidei possessor, cum daret pignus *l. 22. si pignore. §. si prædo. ff. eod. tit.* Cum restituendum sit pignus debitori post solutionem, ratio evidens est: Iam enim nihil amplius ipsius interest, retinere rem alienam, eaque sine causâ penes ipsum esse cœpit: cessante autem causâ cessare debet effectus, ut prolixè docet Tiraquellus in *tract. cessante causa. &c.* Secundò: non tantùm restitui debet res sua debitori: Sed etiam talis, qualis data fuit, nec deterior. Nam si res deteriorata restituatur, non censetur restituta. Vnde est, quod scribit Ulpianus, in Iudicio pignoratitio & hoc venire, si res pignori datas creditor malè tractaverit, vel debilitaverit servos, mutilaverit, vulneraverit, &c, nulli tamen maleficio obnoxios: *l. 24. eleganter. §. fin. ff. de pign. act.* Consequetur enim hoc casu debitor quod sua interest. *l. 9. §. f. ff. eod. r. l. 7. creditor. Cod. eod.* Vbi creditor, si damnum dederit in arboribus decidendis, in fundo sibi oppignorato; vel destruenda domo; cogitur id deducere in ratione debiti. Tertiò: Præterea potest etiam debitor per hanc actionem à creditore suo exigere cautionem, scil. datis fidei iussoribus, de dolo item, de jure prædii, si forte metus subest, ne servitutes prædiorum extinctæ sint per non usum creditoris: Quartò: Denique potest debitor hac actione cogere creditorem, qui pignus fortè vendidit pluris quàm erat suum creditum, ut vel restituat ipsi superfluum (*ὑπερπλήρ* vocant, Græco vocabulo) si quidem id jam acceperit ab emptore pignoris; & quidem ut restituat cum usuris ex mora. *l. 7. si autem tardius. ff. de pignor. act.* (Est enim hoc universale in omnibus B. Fidei iudiciis, quale etiam hoc est, ut ex mora præstentur usuræ. *l. 32. mora. §. in bona fid. digest. de usur. l. 13. in bona fidei. Cod. eod. tit. l. 2. Cod. depos. l. quæro. ff. Locat. cum similibus.*) Vel ut cedat suas actiones, quas habet adversus emptorem, si fortè pretium nondum consecutus sit, vel si non totum. *l. 24. eleganter. §. si vendiderit. & l. penult. ff. de pignor. act.* Non enim debet plus consequi creditor, quàm sibi debetur: neque locupletari cum debitoris jactura: quod esset contra bonam fidem & naturalem æquitatem. Quocirca reddet debitori, quantò pluris vendidit pignus: sicut è contrario, si minoris vendi disset, posset residuum debiti, quod ex venditione pignoris redigere non potuit à debitore repetere. Neutrum enim in damno versari, sed utrumque suum consequi, æquum est. Sed quamdiu, inquires, competet pignoratitia actio? sive, quàm diu poterit debitor solvendo debitum eam sibi comparare luitione pignoris? Et verum est, perpetuò competere actionem pignoratitiam absque ullo metu præscriptionis, sive potius, perpetuò debitorem habere facultatem offerendi id quod creditori debet, atque ita liberandi pignus: & huic juri luendi nunquam præ-

præscribi, ne quidem longissimo tempore. Quæ sententia jam olim fuit Martini & Rogerii antiquorum Glossatorum; communiter approbata: quamvis Bulgaro diverſum ſentiente, & præſcriptionem admittente. Videatur Accuſſius *ad l. 7. §. eodem jure. in fin. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Ioh. Oldendorpius *claff. 3. act. 12.* & Doctor meus venerandæ memoriæ Iohan. Borcholdus *in tract. de uſur. cap. fin.* ubi & argumenta utriusque partis examinat.

De affinibus remediis pignoratitiæ directæ, ſive de concurrentibus actionibus ſi quæras; hæc potiffimum indicari poſſunt. Primum: concurrat cum ea actio ad exhibendam item rei vindictio: item aliquando etiam propria, id eſt, præſcriptis verbis actio, ut eſt *in l. 27. petenti. ff. de pign. act.* Quam legem ita exponit Oldendorpius *d. loc.* Secundò concurrat etiam cum pignoratitia directâ, actio in factum ad id, quod intereſt debitoris, inſtrumenta pignori data ſibi fuiſſe exhibita. *l. fin. ff. de pign. act.* Tertiò, concurrat cum hac actione & rei vindictio, & in factum actio: ut *in l. 13. ſi cum venderet. ff. de pign. act.* Quartò, concurrat etiam furti actio, competens debitori adverſus creditorem, qui cum pactus eſſet de pignore non vendendo, tamen id diſtraxit, non præcedente trinâ denunciatione debitori factâ. *l. 4. ff. d. r.* Quintò, concurrat etiam Legis Aquiliæ actio, de damno ſcilicet, ſi res oppignorata, per creditorem fuerit deteriorata, ſeu damnificata, ut loquuntur *r. r. ff. & C. & Inſt. de L. Aquil. vel ad L. Aquiliam.*

Et hætenus quidem de pignoratitia directâ, quæ datur debitori. Hæc idem dicitur *Directa*, & alibi etiam *Principalis*; quod principaliter & directò interſit debitoris recuperare rem ſuam ſolutione debiti jam liberatam: ſicut in commodato quoque principaliter intereſt commodantis, rem ipſi reſtitui finito uſu commodatarii, ad quem fuerit conceſſa, ideoque directâ commodati actio, ſive principale iudicium, ipſi datur ad rem recuperandam. Similiter deponentis principaliter & directò intereſt, ut ei ſua res, quam apud alium depoſuit, reſtituatur reſpoſcenti: & idem ad rem recipiendam datur ei directâ depoſiti actio: ſic quia eius, cuius tutela adminiſtrata eſt, principaliter intereſt, rationes reddi, & reliqua reſtitui; idem ipſi adhæc conſequenda datur contra tutorem actio tutelæ directâ. Sic in negotiorum geſtione, item in mandato, quia principaliter intereſt domini negotiorum, & rectè fuiſſe illa adminiſtrata, & reddi rationes, ac reliqua ipſi reſtitui: propterea negotiorum geſtorum directâ, item mandati directâ ipſi datur contra negotiorum geſtorem vel mandatarium. Hæc velut in digreſſione dicta ſunt, quæ ad multa in Iure civili tantò rectius intelligenda, ni fallor, prodeſſe poterunt. Atq; hæc una eſt ſignificatio directæ actionis, quando videlicet opponitur contrariæ; ſive contrario iudicio: cuius hæc eſt natura, ut ibi agatur de calculo & indemnitate, ut eſt *in l. 6. furti. §. fin. ff. de his qui not. in ſam. & in l. 5. in pr. ff. depoſiti.* hoc eſt, ut indemnitas præſtetur is, qui pro altero vel in rem alterius aliquid impendit, vel cui hoc nomine aliquid abeſt: Cuius ratio eſt, quia nemini officium ſuum debet eſſe damnosum. *l. 7. ff. reſtam. quemadmodum aper. l. 15. ff. mandat. l. 61. §. quid verò. ff. de furt. Paulus lib. 5. ſent. r. 6. §. 10.* Ne benè merenti ſit maſo benignitas, ut ait Plautus *in Ciftell. ne item fiat quis locupletior cum alterius jactura & detrimento, l. 14. nam hoc natura. ff. de condict. indebiti. l. 74. non debet. & l. 206. jure natura, inferius. h. r.*

P

noſtro

nostro. Itecirò æquum est, ut tutor, quod expendit pro pupillo; negotiorum gestor, vel mandatarius, si quos in rem alterius fecit sumptus; creditor, qui in pignus quid impendit; commodatarius, qui in commodatum; depositarius, qui in rem depositam, &c. ad impendia sua recuperanda & evitandum damnum habeant actionem aliquam comparatam. Et inde introductæ sunt contrariæ actiones, tutelæ, depositi, negotiorum gestorum, mandati, commodati, & de qua ex professo hic agimus, pignoratitia contraria. Idem autem dicuntur *contrariæ*, quod directis sint oppositæ. De quibus contrariis iudiciis hoc etiam notandum est: Ea non semper esse necessaria: sed posse eum, qui in rem alterius quippiam impendit, sæpè etiam vel retentionis vel deductionis & compensationis jure, beneficio seu remedio uti, atque ita indemnitate consequi, l. 8. si *necessarias*. in princ. ff. de pign. act. & l. 18. §. fin. ff. commod. Est verò & altera significatio *Directæ actionis*, qua videlicet non opponitur *Contraria*, sed *Utili*: Et *Utilis actio* dicitur passim in jure ea, quæ ex sententia & mente legis, vel Senatusconsulti, vel edicti, atque ex æquitate datur, & utilitatis benignitatisque causâ; quamvis deficient verba legis, vel Senatusconsulti vel edicti &c. quamvis etiam ex stricta juris ratione nulla competet actio. Notandum quoque est, *Utilem actionem* dici non solum eam, quæ est directæ, sed etiam illam, quæ est contraria. Est enim commune hoc accidens utriusque generis actionum. Sicut *utilis actio ex empto* nominatur in l. 24. *elegantè*. in pr. ff. de pign. act. De qua deinceps nobis agendum est, ut ab hoc quasi diverticulo non inutili nec injucundo in viam revertamur.

Pignoratitia igitur *Contraria* etiam est in personam actio: daturque creditori contra debitorem ad hoc, quod ipsi pignoris nomine abest, ut quàm brevissimè dicam: hoc est, ut quicquid damni acceperit ex pignore sibi dato, vel quicquid in illam rem impenderit, hoc à debitore recipiat, & per eum præstetur indemnitas: verbi gratia: Debitorem rem alienam pignori dedit creditori ignoranti, vel rem alteri oppignoratam, vel in publicum obligatam, vel morbosam seu vitiosam, vel etiam alteri æs pro auro, massam æris pro auri massa &c. Hoc nomine datur creditori adversus debitorem pignoratitia contraria, per quam consequatur, quanti sua interest, non fuisse captum vel fraudatum. l. 9. si *rem alienam*. in pr. l. 16. tutor. §. 1. l. 32. cum *debitore*. & l. 36. si *quis in pignore*. §. 1. ff. de pign. act. Aliud exemplum est in l. 8. si *necessarias*. in pr. ff. cod. tit. ubi creditor fecit impensas necessarias in servum oppignoratum, cum is fortè agrotaret; vel in fundum, vel insulam, fulciendo, vel reficiendo ipsam ne corrueret: & hoc nomine habet non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem. Hic tamen circa impensas observanda est illa limitatio, sive moderatio; ut iudex neque delicatam debitorem, neque onerosum creditorem audiat: sed operam det, ne debitori nimis difficilis reddatur pignoris sui recuperatio seu liberatio: ut est in l. 25. (ubi Vlpianus elegantè hoc declarat exemplis) ff. de pignorat. act. Aliud exemplum est in l. 1. §. fin. & l. 36. si *quis pignore*. ff. de pignorat. act. ubi debitor cum ostendisset creditori aurum quasi pignori daturus, æs pro auro subjecit, atque ita pignori dedit ignoranti; ideoque tenetur pignoratitia contraria præter alias actiones, de quibus infra dicam. Dixi, *Ignoranti*. Nam sciens non habet actionem contrariam. l. 16. tutor. §. 1. in fin. cod. s.

cod. 1. quia scienti & volenti non censetur facta injuria. Aliud exemplum est in l. 3. d. t. de pign. act. ubi debitor proponitur insignem commisisse fallaciam ad circumveniendum creditorem, & extorquendum ei pignus. Simulavit enim, se paratum esse ad solutionem, & confestim pecuniam redditurum: Creditor, cui sic accipiendo statim nummorum spe inani impositum est, restituit ei suum pignus: debitor subornaverat quempiam ad fenestram, qui exciperet pignus & aufugeret: ad hunc pignus ex fenestra demittit. Quæritur, quo pacto consulatur huic creditori contra debitorem tam fraudulentum? & præter alias actiones, de quibus dicitur infra, habet etiam pignoratitiam contrariam. Vbi probè notandum est, hanc pignoratitiam contrariam dari creditori, etiam nondum factâ solutione: Qua in re differt contrariâ à directâ pignoratitia. Nam hæc non nascitur, nisi omni pecunia soluta, ut supra dixi ex l. 9. §. omnis. ff. de pign. act. Præterea, si servus pignori datus furtum fecerit creditori, quem furem esse sciens debitor dedit ignoranti, datur creditori adversus debitorem hæc pignoratitia actio contraria; ad hoc, ut indemnem eum præstet: nec potest debitor liberari noxæ deditio, si dicat, se paratum relinquere servum creditori pro noxa. l. si servus. 31. ff. de pign. act. cum qua conjungenda est l. 61. si servus communis. ff. de furtis. Vtraque enim lex sumpta est ex eodem Africanio lib. 8. quæst. Adhuc datur ista actio contra debitorem, ut indemnem præstet creditorem, si fortè is vendens promiserit evictionem ex more regionis, sine dolo & culpa, & ut diligens paterfamilias fecisset. l. 8. §. 1. & l. 22. si pignore. §. fin. ff. de pign. act. Denique si creditor pignus debitori concesserit precario, vel si locaverit (utrumque enim fieri posse, multis legibus proditum est, ut l. si rem alienam 29. l. 35. cum & sortis. §. 1. & l. 37. si pignus. ff. d. t. & alibi.) datur ei contrarium iudicium pignoratitium ad restituendam possessionem distracto pignore. l. 22. si pignore. §. si post distractum. ff. de pign. act.

Sicut autem cum pignoratitia directâ concurrunt aliæ quoque actiones, de quibus supra, ita & hæc contraria pignoratitia concurrentes secum alias actiones habet. Tales sunt: 1. Actio furti. 2. Actio ad exhibendum, in casu l. 3. ff. de pignor. act. 3. Actio noxalis, in casu l. 31. si servus pignori. ff. d. t. 4. Crimen extraordinarium stellionatus, ut in l. 1. in fin. & l. 16. tutor. §. 1. l. 36. si quis in pignore. ff. de pign. act. l. 1. l. 2. l. fin. C. de stellion. crimine: quod crimen severissimè vindicandum esse, sæpè rescriptum est, ut ait Philippus Imp. in d. l. fin. Nam leges divinæ & humanæ vehementer detestantur legem ruptam in debitoribus calumniosis: cum insignis sit improbitas fallere creditorem suum bonâ fide credentem debitori, ut graviter scribit Oldendorpius class. 3. act. 13. Vnde & S. Ambrosius in lib. de Tobia, cap. 21. in princip. Quam deforme est, ut pro beneficio ei, qui te adjuvit, rependas molestiam? Cum istum fraudaveris, cui debes, postea in tempore necessitatis tuæ non invenies creditorem. Quem indignum, ut cum victum tuum sustentare non queas, cum adhuc nihil debeas, putes, quod & victum tuum possis & debitum sustinere! Ante cogita, unde dissolvas: & sic mutuum sume, &c. Interdum tamen istud crimen cessat, puta in ignorante. dict. l. 16. §. 1. Is enim caret dolo malo, absque quo nullam crimen committitur: item in casu dict. l. 36. §. versic. planè cod. tit. §. Concur-

ut cum pignoratitia contraria etiam interdictum de precario, item Quasi Serviana: ut annotat Accursius in d. §. si post distractum. l. 22. ff. d. tit. Quæ sententia probatur etiam Oldendorpio, d. actione 13. Hic obiter quæri potest: Quid ergo si creditor subrepto sibi pignore egerit furti vel conditione furtivâ, & per eam actionem fuerit consecutus aliquid: debetne hoc totum imputare debito, ita ut summa debiti minuat per id, quod accepit: an verò ipseus lucro hoc cedit? Hac de re agit Vlpianus in l. 22. si pignore. d. tit. & ita distinguit, ut si quidem ab alio quid consecutus fuerit, cogatur debito imputare: sin ab ipso debitore non teneatur hoc ei restituere.

Atque hæc de actionibus in personam pignoris nomine competentibus, & de affinibus remediis dicta sufficiant.

Dantur autem etiam in rem actiones, ut Serviana & Quasi Serviana seu hypothecaria. Hæ duæ actiones in eo conveniunt, quod utraque sit prætoria: prior quidem à Prætoris Servio introducta: altera verò à Ictis ad exemplum prioris adinventata: quod item utraque datur creditori ad consequendam possessionem pignoris vel hypothecæ, ut est in l. 66 §. si cum eo. ff. de evict. quod item utraque datur creditori ad consequendam possessionem pignoris contra quemlibet possessorem rei, sive sit debitor ipse, sive tertius quispiam. Item: quod utraque tantum est directæ; non etiam contrariæ: denique interdum promiscuis appellationibus utraque designatur, ut in l. 3. l. 7. l. 10. & l. 18. ff. de pign. l. 2. & l. 14. ff. quib. mod. pign. solv. d. l. 65. ff. de evict. l. 15. vir uxori. ff. ad SC. Velleian. l. 6. C. si aliena res pign. data sit. Quod & Oldendorpius rectè observavit class. 3. act. 11. in princ. Sed differunt eadem inter se; non quidem in eo, quod Serviana detur de tacita aliqua hypotheca, quam jus alicui tribuit; Quasi Serviana verò de expressâ, quæ conventionione constituitur, ut putat Oldendorpius d. class. 3. act. 10. Idemque repetit act. 17. (hæc enim differentia est falsâ.) Sed aliæ sunt res, quæ inter has duas actiones discrimen faciunt, ut latius demonstravi olim ad Inst. §. item Serviana, tit. de Actionib. Præcipua verò differentia est hæc, quod Serviana datur domino fundi, eidemque locatori de rebus coloni (id est, conductoris prædii rustici,) quæ pro mercedibus fundi tenentur ipsi jure pignoris, id est, de quibus expressè convenit, ut pignori essent. Sed quasi Serviana datur cuivis alii creditori, sed de quovis alio pignore vel hypothecâ sive expressâ, sive tacita. Ex quibus apparet, multò latius patere usum Quasi Servianæ, quàm ipsi Servianæ; ad cuius exemplum tamen est inventa.

Ad hunc igitur modum istæ actiones duæ inter se differunt: à pignoratitia verò ita: Primò: quod pignoratitia est in personam, utpote ex contractu vel obligatione. (Pignoratitia, inquam, propriè dicta. Quod ideo admoneo, quia interdum pignoratitia reperitur etiam pro Serviana, sed abusivè usurpata: ut in l. 41. ff. pignorat. act. & l. 13. ff. condict. indebit. l. 5. C. si aliena res pignori & l. 9. Titius in fin. princip. ff. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. Interdum cum adjectione dicitur pignoratitia Serviana sive hypothecaria, ut in l. 3. §. est autem personalis. ff. ad exhibendum.) Sed hypothecaria, ut & Serviana, est in rem, utpote ex jure in rem: quod natum est & constitutum variis ex causis, vel ex contractu pignoratitio, (is-

tio, (is enim & personas contrahentium obligavit, & rem ipsam affecit) vel ex conventionem nuda, eaque aut expressa, aut tacita, vel vi legis aut constitutionis, arque ita ipso iure: vel ex auctoritate magistratus & iudicis, vel denique ex voluntate testatoris. Secunda differentia primæ est consequens: quod scilicet pignoratitia tantum datur contra eum, cum quo contraxeris: sed hypothecaria contra quemlibet possessorem pignoris vel hypothecæ, etiam si nihil unquam cum eo contraxeris. Tertia differentia est, quod pignoratitia actio est civilis, quia pignus re contractum est civile negotium: sed Serviana & quasi Serviana sunt prætoriaræ, siue ex iurisdictione prætoris substantiam capiunt. §. *item Serviana Inst. de actionib.* Quod tamen Cuiacius in *Paratitulis tit. de pignor.* monet accipiendum esse sub hac distinctione, quatenus Serviana persequitur pignus, quod nudo pacto est contractum: Alias enim putat non esse prætoriam, sed civilem actionem; si persequatur pignus propriè dictum, id est, cuius possessio creditori est tradita. Quartò differentunt in eo, quod pignoratitia alia est directa, alia contraria: directa ex parte debitoris, petentis restitutionem pignoris; contraria ex parte creditoris, petentis expensas à se factas in pignus, ut damna, vel id quod interest, ut supra exposui. Sed hypothecaria semper tantum est directa, & creditori datur solum: nulla verò contraria, quæ detur vel debitori, vel aliis possessori pignoris vel hypothecæ. Quinta: Pignoratitia habet locum pignore tradito; (quod propriè pignus vocari supra diximus:) sed hypothecaria est de hypotheca, id est, de pignore non tradito, quod nuda conventionem vel aliter obligatum est absque traditione possessionis: Quæ duo genera indicantur & in l. 4. & l. 13. *grege. §. 3. ff. de pignorib. & alibi.* Tamen interdum & de pignore non tradito detur pignoratitia: nempe si res postea pervenerit ad creditorem: ut est in l. ult. *ff. de pignor. act. & l. 33. fideiussor. ff. de negotiis gestis.* Sicut etiam viceversa dari potest hypothecaria etiam de pignore tradito, si nimirum creditor fortè amiserit eius possessionem, ut recuperet eam. Nam possidenti adhuc pignus creditori non datur hypothecaria, quorsum enim aut cui bono daretur, cum per eam nuda possessio avocetur, ut supra dictum? At qui illam non habet. Frustrà ergò petit foris, quod intus habet. Sexta: pignoratitia actio siue sit directa, siue contraria, semper est bonæ fidei. §. *act. Inst. de action.* Sed hypothecaria est arbitraria. Septima & ultima differentia est, quoad præscriptiones harum actionum. Nam pignoratitia actio præscribitur 30. annis: sed hypothecaria nunc decem, nunc viginti, nunc triginta, nunc quadraginta annis: pro diversitate scilicet personarum & casuum. Sed de differentiis & istis & aliis videatur etiam Hotomannus in *comment. ad tit. ff. de pignoribus.* Plura quoque de ipsa actione hypothecaria videre licet apud Antonium Neguzantium in *tract. de pignorib. part. 8.* Item apud Ferrariensem in *forma libelli, in actione hypothecaria.* ubi exponit quinque requisita huius actionis.

Postremo notandum, concurrere cum actione Serviana, & quasi Serviana, etiam interdum Salvianam, cui nomen à Salvio, de quo est *tit. C. de Salviano interdicto.* Vbi Accursius & Bartolus ad l. 1. tradunt differentias tres aut quatuor inter actionem hypothecariam & Salvianum interdictum: Quas differentias repetit etiam Neguzantius *part. 8. membr. 1. num. 1. 6. seqq.*


P 3

Quæri-

Queritur etiam: an eodem libello simul proponi sive cumulari possit actio pignoratitia & hypothecaria? De qua quaestione videatur Oldendorpius *class. 3. act. 10.* & Ferrariensis *d. loc.* Denique Neguzantius *part. 8. membr. 1. n. 9. & membr. 2. num. 6.* Summa est, si agatur contra ipsum debitorem, qui pignus possideat, posse utramque actionem uno libello comprehendi: non posse, si contra debitorem simul & tertium possessorem agatur,

CAPVT NONVM.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

lpianus hunc contractum uno verbo in hac lege designat, cum ait, *Locatum*: Idque ideo, quia posito uno Relativorum, necesse est poni & alterum: cum non possit esse vel intelligi Locatio, nisi etiam adlit conductio: sicut & venditio esse non potest, nisi sit qui emat: quæ causa fuit, cur paulò ante idem Vlpianus nominaverit *venditum*, volens intelligi contractum Emptionis & venditionis. Idem namque valent *Locatum* & *Locatio*; *Conductum* & *Conductio*; *Venditum* & *Venditio*; *Emptum* & *Emptio*; *Pactum conventum*, & *Pactio conventio*. &c. Ex quo fit ut dicamus actionem empti & venditi. *rot. tit. ff. & Cod. de act. empt. & vend.* Et concisè conceptus est titulus in Digestis, *Locati conducti*, pro eo, quod plenius erat, *de Actionibus Locati & Conducti*. Iudicium tam locati quam conducti vocant Impp. *in l. 28. in iudicio. C. de locato & conducto*. Sic enim ibi habet inscriptio. Atque hæc initio breviter de vocabulis: quoniam teste Vlpiano, è re est, de his initio admonere, *l. 1. ff. de reb. credit.* Vnde & Socrates dicere solebat, *Principium eruditionis esse, intelligentiam vocabulorum*: de quo scribit Xenophon, inchoare consueville disputationes suas à definitione vocularum, qua intelligeretur, quid quæque significarent: Quod & Arrianus laudat *lib. 1. Disertationum Epicteti, cap. 17.*

Porro quomodo differat hic contractus ab Emptione & venditione (cui proximus esse, & cum qua magnam familiaritatem habere dicitur *in l. 2. in pr. ff. Locat. & in pr. l. de Locat. & Conduct.*) jam supra exposui *sub cap. de empt. & vend.* quæ hoc loco possunt repeti evidentiae causâ.

Præterea Locatio & conductio magnam habet affinitatem cum contractu Emphyteutico, de quo est §. *ad eum instit. de Locatione & Conduct. l. 1. & l. 1. ff. si ager vestigal vel emphyteut. petatur. & l. 1. C. de iure emphyteut.* Quæ causa quoque est, cur ille tit. *de iure Emphyteut.* in Codice statim & immediatè subiciatur titulo *de Locato & conducto*. Differunt tamen inter se plurimum hi duo contractus. 1. quia in Emphyteusi agitur de iure in rem (& quidem tali, quod etsi à dominio est distinctum, tamen ei quodammodo respondet ac simile est,) transferendo in emphyteutam seu emphyteuticarium: Locatio verò nullum jus in rem tribuit Conductori, sed tantum rei usum. *l. non solet. 39. ff. Locat.* 2. quia in Locatione præsta-

l. 4. Cod.

l. 4. Cod. de fide instrum. l. 4. ff. de pignor. l. 2. ff. de Observat. & Action. §. 1. Instit. de Oblig. que ex consensu: Emphyteusis verò absque scriptura fieri nequeat: quasi ad substantiam sui postularer, ut in scripturam redigatur: *argum. l. 1. in verb. scriptura interveniente & l. 2. in verb. Emphyteuticus argumentis. & l. 3. in verb. Emphyteuticum instrumentum. C. de iure emphyteut.* Sed tamen neque hoc caret controversia, ut est apud Iulium Clarum *in §. Emphyteusi. 4. quest.* Et attingi hanc rem etiam *in Paratit. Feud. l. lib. 1. cap. 2. 11. quest. 2.* Nona differentia hæc esse potest, quod in Locatione interitus rei locatæ, qui contigit absque culpa conductoris, pertinet ad locatorem, tanquam ad Dominum, cuius damno & periculo res est, & cui perit, sive in totam, sive pro parte: sed in Emphyteusi distinguitur inter particularem & totalem rei interitum, ita ut ille pertineat ad Emphyteutam, hic ad Dominum. *§. add. in fin. Inst. de Locat. & conduct. l. 1. vers. siquidem tanta. C. de iure Emphyteut.* Est & decima differentia, quia simplex colonus, qui nullum habet jus in re, potest propria auctoritate à locatore expelli, si intra biennium non solvat pensionem: Emphyteuta verò non potest propria auctoritate expelli ac deici, sed opus est auctoritate iudicis: ut contra Accursium *l. 2. C. de iure emphyt.* sensit Petrus, (glossator antiquus.) cuius sententiam refert Ferrariensis *in præf. in forma libelli, quo agitur ad ficti præstationem.* Undecima quoque est differentia, quo ad remissionem pensionis ob causam sterilitatis. Nam in locatione distingui solet inter colonos. Alii enim sunt, qui ad pecuniam numeratam conduxerunt, sive qui nummis colunt: alii pro parte fructuum domino fundi danda, unde & *partiarum coloni* appellantur. *l. 25. si merces. §. vis maior. ff. Locati. l. 26. §. 1. ff. de furtis.* Prioris generis coloni modicum damnum sterilitatis æquo animo ferre debent, & unius anni sterilitatem compensare cum aliorum annorum fertilitate & ubertate: nec debet illorum haberi ratio, si conquerentes de exiguitate fructuum, peant sibi dari pensionis remissionem. Posterioris generis coloni quasi locii sunt, & fundi damnum ac lucrum cum domino partiuntur: qua de re videatur *l. 15. ex conducto. §. si vis tempestatis, & §. cum quidam. l. 25. si merces. §. si vis maior. ff. locati. l. 8. licet. C. de locat.* Sed in Emphyteusi ob sterilitatem quamvis magnam nulla sit remissio Canonis. Ratio differentię est, quia Canon est quiddam exiguum, quod pro recognitione quotannis datur: merces verò in locatione non est exiguum quid, sed ferè æquat fructuum quantitatem.

Hoc loco opportunè quaeritur: In dubio utrum potius præsumenda sit locatio-conductio, an verò contractus Emphyteuticus? Respondendum est per distinctionem: si magna præstetur pensio ex fundo, quæ correspondeat fructibus, eoque ferè adæquet, vel etiam si pars aliqua fructuum solvatur, (ut fit ab iis, quos colonos *partiaros* paulò ante vocavimus, & Germani vocant *Halb-Bauern*) tunc esse Locationem: sin autem exigua præstetur aliqua pensio, quem Canonem vocant (*Gült*) tunc esse Emphyteusin censendam: Ita ex antiquioribus Interpretibus refert Cagnolus *ad l. 2. C. de rescind. vend. num. 202.* & probat Iulius Clarus *in §. Emphyteusis. quest. 1. num. 5.*

Præter Emphyteusin habet locatio etiam quiddam affine, cum usufructu & usu. Nam in his quoque dominium rerum est alterius, perinde ut in locatione.

Verum.

Veruntamen ab illis differt, quia illæ sunt servitutes & jura in rem: ut notum est ex *insti. lib. 2. aded*, ut ususfructus in multis casibus pars domini esse perhibeatur à Paulo in *l. 4. ff. de usufructu*, & dominium ususfructus dicatur in *l. 3. digest. si usufr. petetur*: quod facit & *l. 15. semper. ff. quod vi aut clam*. Sed locatio nullum jus in rem tribuit conductori, tantum personam obligat ad aliquid præstandum. *l. 39. digest. locati. l. 65. in fin. digest. d. contr. empr. l. 2. Malè agitur. Cod. de præscript. triginta annorum*.

Habet denique locatio etiam affinitatem quandam cum contractu censuali vel libellario, de quo dixi in *parit. Feudal. lib. 1. cap. 2. q. 7. & 8. videatur & Ferrariensis in form. d. libelli de ficti præstatione gloss. antepen.*

Definitionem locationis & conductionis si quis desideret, non potest dari rotundior, quam ista Cuiacii in *paratit. Cod. h. tit. Locatio*, inquit, *est mutatio usus vel fructus vel operæ cum pretio*. Mutationem, quæ loco generis ponitur, accipere debemus factam per consensum contrahentium. Nam locatio nudo consensu contrahitur, ut notum est ex *lib. 3. Insti. & l. 14. qui ad certum. digest. Locati. l. 24. contractus. C. cod. tit.* Et consensus iste vel est expressus, vel tacitus. Exemplum taciti consensus est in eo, qui ad certum tempus conduxit, eoq; tempore elapso atq; impleto remanet in conductione, non contradicente locatore: hîc enim taciturnitate utriusque partis videtur colonus qui rem reconduxisse, locator autem relocasse *l. 13. item quaritur. §. si. & l. 14. qui ad certum. digest. locati. l. 16. vers. fin. a. Cod. cod. tit.* Quod autem distinguit Cuiacius inter usum & fructum & operas, idem facit, ut omnem varietatem omnesque articulos hujus contractus complectatur. Nam usus conceditur & versatur in locatione & conductione v. gr. domus, sive insulæ: cujus conductor propriè dicitur *inquilinus*: (quanquam etiam in aliis rebus, & quidem mobilibus consistere potest usus rei, ejusque locatio.) fructus conceditur, & versatur in fundo seu agro, ubi conductor propriè dicitur colonus, videlicet à colendo: operæ denique sunt, quæ præstantur ab homine. Atque hæc est materia Locationis & Conductionis ab una parte, nempe aut usus aut fructus rei, aut operæ hominis: Ab altera parte rei respondet merces, quam Cuiacius appellat, *retium*: idque abusive; nec tamen sine exemplo veterum Ictorum: Sic enim & Labeo pretium conductionis usurpat in *l. 28. §. idem juris & Africanus in l. 35. §. in verbis, certo pretio conductum. ff. locati*. Et rursus Labeo ac Paulus in *fin. digest. ad L. Rhod. de jact. promiscuè* utuntur vocabulis pretii & mercedis, cum de nave conductâ loquuntur. Sic Vlpianus in *l. 10. si quis. §. fin. ff. de acquir. possess.* cum aliàs pretium propriè loquendo sit in Emptione venditione. *l. 72. pacta conventa. D. de contrah. empr. & passim alibi*. Et hæc merces varias sortitur appellationes, pro diversitate casuum. Aliquando enim dicitur *manupretium* sive *manubretium* quando videlicet datur pro artificio & elaboratione alienius materiæ. *l. 30. qui insulam. §. qui adem. ff. locati. l. 13. mulieris. §. 1. d. Verb. Signif. Plerumq;*, inquit Vlpianus *plus est in manus pretio quam in re*. Eodem vocabulo utitur, & Cicero in *3. Verrina*, & Varro *lib. 5. de ling. Latin.* & Plinius aliquoties, ut *lib. 33. c. 11. l. 34. c. 7. & lib. 35. cap. 10.* Extat etiam apud Livium *lib. 34. in oratione L. v. l. iii T. lib. pl. h.* Aliquando dicitur *Nautum*, quando scilicet datur naviculario pro vectura rerum

Q

vel

vel hominum. l. 15. ex conducto. §. 6. item cum quidam. ff. locati. l. 29. cum servis. §. 1. d. legat. l. 1. l. 6. §. 1. ff. qui potior: in pignor. & l. fin. ff. d. leg. Rhod. de jactu. sicut quod datur aurigæ pro jumentis, vectura dicitur. d. l. 39. de legat. 1. Quæ tamen etiam pro Naulo interdum usurpatur, ut in d. l. 15. §. 6. ff. locati. Aliquando dicitur etiam pensio & reditus, cum videlicet pro habitatione domus datur alicui ab inquilino, vel ex agro à colono. l. 3. C. de locato. l. 9. si quis. §. si. ff. eod. tit. l. penult. §. insulam. ff. d. legat. 2. l. 38. fundi. ff. d. usufr. legat. & l. 58. de fund. in princ. ff. d. usufr. Aliquando dicitur salarium, & palmarium. item honorarium, item honor; quando scil. datur pro honestis operis, quales sunt medicorum & advocatorum, &c. l. 38. qui operat. §. 1. ff. locati & l. 1. §. in honorariis. & §§. seqq. l. 4. Divus Antoninus. ff. d. extraord. cognition. Aliquando & nutritum, quod scil. datur nutricibus ob alimoniam infantum, ut in d. l. 1. §. penult. d. extraord. cognit.

Porro circa mercedem ista potissimum quatuor notanda sunt: 1. ut statim initio contractus, certa definiatur. 2. ut non fiat uno nummo. 3. An tantum in nummis seu pecuniâ numeratâ, an verò in aliis etiam rebus consistere possit. 4. De tempore solvenda mercedis.

Ad primum quod attinet, sicut emptio venditio sine certo pretio non contrahitur; ita neq; locatio & conductio sine certâ mercede inter contrahentes conventâ, initio rit. Inst. de locat. & cond. l. 2. in pr. ff. eod. tit. l. 23. si convenerit, in fin. ff. communi divid. l. 52. si vir uxori. in pr. ff. de donat. inter virum & uxori. Nisi etiam protinus initio contractus certa merces definitur. Sed si conveniatur, ut postea tantum detur, quantum placuerit inter contrahentes, non erit locatio conductio, sed contractus incertus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, sive in factum l. 19. rogasti. §. 1. & l. 22. si tibi ff. de præscr. verb. & initio rit. Inst. de locato.

Secundò, Vno nummo factam conductionem nullam esse, habetur in l. 46. ff. Locati & l. 10. §. f. ff. de acquir. possess. ut neque venditio uno nummo facta valet. Nam utrobique congrua debet esse quantitas & in pretio & in mercede, alioquin erit donatio, non venditio, non etiam conductio l. 20. sicut emptio. §. 1. ff. locati & l. 36. cum in venditione & l. 38. ff. de contrah. empt.

Quod ad Tertium attinet, vetus est controversia, an merces possit etiam in aliis rebus, quàm in nummis consistere? Negat hoc Accursius: & pro sententia ipsius facere videtur l. 1. §. 9. ff. Deposit. & l. 5. natur. §. at cum do. ff. de præscript. verb. & l. 14. si hi, qui à vobis. Cod. d. Locat. Quibus in locis omnibus mentio fit pecuniæ, unde colligitur, aliis in rebus præterquam in nummis, non posse mercedem consistere. Inclusio enim unius est exclusio cæterorum, ut vulgò dicitur. Idem probat etiam Ferrariensis in form. libelli, quo agitur ad facti præstationem, in glossa super verb. quinque florenas & duos, allegans etiam Iacobum de Butrio, ad d. l. 14. Cod. de Locato. & dicit, errare notarios, cum scribunt, locatum esse fundum pro decem mensuris frumenti. Idem etiam tenuit Nicolaus Mozzius in tract. de contract. rit. locat. colum. 2. n. 14. Sed verior est aliorum sententia, existimantium, mercedem locationis posse consistere non solum in nummis, sed in aliis quoq; rebus, quæ pondere, numero, & mensura constant, quæque ex eo, quod functionem recipiant in suo genere, fungibiles appellantur, ut sunt oleum, frumentum &c. argum. l. si olei.

21. C. de locato. l. 19. si dominus & l. 25. si merces. §. vis major. ff. locati. & l. 8. si pascenda. C. d. pactis. ubi pecora partiatu appellantur, quorum foetus dividuntur inter dominum & pastorem. Hanc sententiam tutati sunt, Corraſius lib. 2. miscell. c. 11. & Cujacius ad Afric. tract. 8. & fuſſimè Arius Pinellus in comment. ad l. 2. Cod. de reſcind. vend. parte 2. c. 3. n. 28. & ſeqq. Weſenbecius in parat. Dig. tit. Locati num. 7. & Menochius de adipiſc. poſſeſſ. remed. 3. n. 93. Ad illos autem textus, quibus videtur pecunia requiri in locatione, ita reſpondent: Pecunie verbum latiùs ibi accipiendum eſſe, pro quibusvis rebus, præſertim fungibilibus, & non tantùm pro pecunia numeratâ ſive nummis. Non enim eſt una pecunie notio, ut apparet ex l. penult. §. penult. C. de conſtit. pecun. & ex l. 4. & l. 178. pecunia verbum & l. 222. pecunie nomine. ff. d. r. s. & ibi Alciatus. Alii diſtinguendum putant inter locationem operæ ſeu faciendi; & locationem uſus ſeu fruendi: ut in illa requiratur merces tantum in nummis, in hac vero poſſit etiam conſiſtere in aliis rebus extra nummos. Videatur Gregorius Lopez. lib. 1. animad. cap. 15.

Quarto, quod attinet ad tempus ſolvendæ mercedis, hac in re ſequi debemus primum id, quod pacto contrahentium eſt definitum. Secundo deficientibus fortè pactis, id quod fert mos regionis. Tertio, ſi neque mos regionis certus ſit, ſolvetur merces in fine anni, hoc enim eſt pro debitore commodius. Ita Accuſſius, & Cynus, aliq; in l. 3. C. de Locato. ac probat etiam Ferrarienſis in forma Libelli. quo agitur ad ſciti præſtationem, argumento l. 35. ſemper in ſtipulationib. h. t. noſtro. de Reg. iur. Hæc ad definitionis explicationem dicta ſint.

Quia vero non ſatis conſtat, quis dicendus ſit Locator & quis conductor, id quoq; breviter conſtituendum eſt. Nam quod vulgo putant, locatorem, eſſe qui accipit mercedem: conductorem vero eum, qui dat: id perpetuum non eſſe, ac ſæpe fallere, docet Cujac. lib. 2. obſ. 28. Sæpè enim ſit, ut locator det mercedem, non accipiat, & conductor contra non det, ſed accipiat, quod multis legibus probari poteſt. Potiùs igitur videtur locator dicendus iſ, qui dat aliquid utendum vel faciendum: Conductor, qui accipit utendum vel faciendum. Cujac. d. c. 28. & C. de Locat. item in Nor. ad Inſt. Sive ita: Locator eſt, qui definitâ mercede vel rem utendam alicui concedit, vel in præſtandis operis alicui ſe offert: conductor eſt, qui definitâ mercede vel rem utendam ab altero accipit, vel in operis præſtandis ſuſcipit placitum offerentis, ſive ipſe operas præſtet alteri, ſive ab altero operæ ſibi præſtentur. Poteſt tamen in operarum locatione uterq; contrahentium promiſcuè dici & Locator & conductor, arg. l. 22. item ſi pretio. §. 1. & 2. ff. locati & arg. l. veteres. 19. cum l. ſeq. ff. de act. empt.

His evidentiæ cauſâ ita præmiſſis, ſequitur videre, quid recipiat hic contrahens, ſive quid Locator Conductori, & Conductor Locatori præſtare teneatur ex natura huius contractus. Qua de re hæc eſt ſumma comprehenſio: Locator & conductor, id eſt, qui datâ acceptave mercede vel utendum quid vel faciendum dedit vel ſuſcepit, præſtare debet præter dolum & latam culpam, etiam levem: ut hic & l. 5. §. nunc videndum. digeſt. commodat. l. 9. in princip. & §. ſi colonus. & §. Celfus. l. 11. videamus. in princ. & l. 25. ſi merces. §. culpe. l. 60. cum in plures. §. ſervi. ff. Locati. Item l. 13. & l. 19. §. ſi quis. cod. tit. l. 28. in iudicio. Cod. de locato. l. 3. §. 1. verſ. miratur. ff. nauis & caupones. Leviffima igitur culpa hic non præſtatur. Ratio

regula est: quia hic contractus fit ad utriusque utilitatem. d. l. 5. §. *nunc videndum*
§. commodati. Nam sicut ab altera parte versatur commoditas utendi vel fruendi,
 vel operatum, quæ à conductore vel locatore rei præstantur: sic ab altera parte
 versatur merces, quæ pro usu vel fructu, vel opera numeratur sive penditur.
 Quod secus est in re commodata: iecus etiam in mandato. Nam in commo-
 dato usus conceditur gratuitus, sicut & in precario, ut supra dictum suo loco: si-
 militer in mandato opera præstatur gratuita, quæ est notabilis differentia inter
 Locatum & commodatum ac mandatum. Ex quo ita licet argumentari: Hoc
 negotium non est gratuitum. Ergo non est commodatum. Ergo non est manda-
 tum. l. 17. *si gratuitam. §. si cum virum bovem. digest. d. præscriptis verbis §. præterea. v.*
veluti si cum unum. Insist. de Locat. & conduct. Exemplum sunt varia, in quibus cer-
 nitur usus regulæ, quomodo quis ex contractu locationis non teneatur ultra do-
 lum & culpam. v. g. si colonus non suo tempore opera rustica faciens intempesti-
 vâ culturâ fundum fecerit deteriore, tenetur quasi ex sua culpa. l. 25. *si merces.*
§. conductor. digest. Locati. Aliud est exemplum in eadem l. §. *culpa a.* Si inimicitias,
 quas cum vicino exercebat, adductus vicinus exciderit arbores in fundo; Aliud
 est in eo, qui jumentum, puta equum vel mulum, plus iusto oneravit, atque ita ru-
 perit, id est, corruerit. l. 30. *qui insulam. §. qui mulas. digest. Locati l. 27. si servus. §.*
& si mulum. 23. digest. ad L. Aquil. Aliud est exemplum in eo, qui pueram suscepit
 docendum artem futuriâ & parum benè facientem tam vehementer percussit
 cervicem formâ calcei, ut oculus ei effunderetur: l. 13. *item queritur §. item Iulia-*
nus. ff. Locati l. 5. in f. ad L. Aquil. Plurimum exemplorum cumulum suppeditat
 eadem l. 13. quæ facilia sunt, ut lectione potius indigeant quàm interpretatione.
 Aliud est exemplum in eo, qui equum conductum malè pascendo in itinere dete-
 riorem reddiderit, item, qui non flagellis, sed lignis & fustibus eum agitavit, *ar-*
gumento. l. 1. & l. 18. C. d. cursu publico. lib. 12. Aliud exemplum est in l. 43. *ff. Lo-*
cati. ubi conductor servi tenetur si eum vulneraverit. Aliud exemplum in l. 42.
eod. tit. ubi conductor tenetur de servo locato surrepto, quod absq; dolo fieri non
 potest. Aliud exemplum est in l. 19. *sed addes. §. 1. ff. Locati.* Vbi locator tenetur,
 si dolia vitiosa locaverit, quamvis ignarus, ex quibus effluxit vinum. Aliud exem-
 plum. in l. 27. *si servus. §. 9. si fornacarius. digest. L. Aquil.* si locator servum somno-
 lentum alteri concesserit, quo obdormilcente ad fornacem conductoris domus
 combusta est, ex igne negligenter habito vel custodito. Conferatur etiam l. 11. *in*
pr. & §. 1. ff. Locati. Ex cuius legis §. *fin.* etiam sumi potest exemplum, videlicet, si
 conductor contra legem conductionis aliquid fecerit, puta fœnum in villam ur-
 banam componendo vel vehendo. Aliud exemplum & quidem perelegans est in
 l. 57. *ff. Locati.* Aliud in l. 55. *dominus. §. f. eod. tit.* ubi conductor sive colonus, qui
 fundum deseruit, sine iusta & probabili causa tenetur locatori ad totius temporis
 pensionem, ut sc. locatori servetur indemnitas, quatenus ejus interest. Dixi: si
 conductor ante tempus migraverit sine iusta & probabili causa, tum ipsum tene-
 ri. Nam aliud est dicendum, si iustam habuerit & probabilem migrandi causam
 v. g. si profugit ex ædibus peste infectis, aut cum in illa vicinia grassaretur pestis,
 vel si

vel si domus spectris infestabatur &c. *leg. vigesima septima. habitatoris. §. 1. cod. tit.* Et ibi Gothofredus elegans profert exemplum advocati Parisiensis, qui immunitatem obtinuit suo clienti ex tali causa. Plura exempla ab unoquoque colligi possunt in lectione Pandectarum & vita communi.

Porrò sententiam hanc de Locato, quod in eo præstetur dolus & lata ac levis culpa: nec quicquam amplius producunt Interpp. etiam in Emphyteusin: idque propter similitudinem eorum contractuum. *§. adeò. Instit. de Locat. Novell. 7. scire autem.* quod & Ant. Contius, & Ant. Delrio. *ad h. legem* probant.

Sed ei, quod supra diximus levissimam culpam non præstari in hoc contractu, nonnulla videntur obstare. Inprimis objicitur *§. penultim. qui pro usu. Instit. de locat.* ubi ait Imp. à conductore vestimentorum, vel agendi, vel jumenti, talem desiderari custodiam, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Iam verò diligentissima custodia opponitur levissimæ culpæ: ex quo effici videtur, etiam hanc in isto contractu præstandam esse. Respondent quidam, ut Accursius, P. Faber, Contius, Wesenb. Delrio, Bocerius & alii, superlativum ibi poni loco positivi, *diligentissimus pro diligentè*, quomodo alibi vice versâ nonnunquam positivus loco superlativi reperitur, ut *exactum officium*, pro *exactissimo*, in *l. 21. C. mandatar.* Item *diligens pro diligentissimo*, in *l. 25. §. non tantum. ff. famil. hercisc. l. §. nunc videndum. vers. custodiam. digest. commod. & alibi.* Et Comparativus loco positivi usurpatur, ut cum dicitur culpa *latis*, pro *lata*, & *gravior* pro *gravi*. *l. quod Nervæ. 32. ff. de positi. l. homo liber. 64. ff. de acquir. rerum dominio.* Ex quibus locis apparet, non tam respiciendum esse ad figuram verborum, quàm ad rem ipsam ac rationem Iuris: cum aliàs quoque traditum sit; leges non imponi verbis, sed rebus; ut ait Imp. in *l. 2. in fin. Cod. communia de legat.* Eodemque allusit in *l. 2. §. 1. C. de const. pecun.* Giphanius noster putabat, ponderanda esse illa verba: *paterfamilias suis rebus*, quasi dicat Imp. conductorem si ipse sit diligentissimus in suis rebus, diligentissimum quoque esse debere in rebus conductis: idque pertinere ad levem culpam, non ad levissimam. Quod si in suis rebus non sit diligentissimus, tunc non requiri etiam, ut in rebus conductis majorem adhibeat diligentiam, quàm in suis ac propriis. Hotomannus denique respondet, distinguendum inter locationem rei & locationem operis, quasi in illa tantum levis culpa venit præstanda: in hac verò levissima. Quod jam olim sensit etiam & Decius: atque etiam Antonio Contio probabilius videtur: idque hac ratione, quia conductor operis in locatione tali intelligatur tanquam artifex tacitè promittere peritiam. *arg. l. 9. si quis domum. §. Celsus ff. locat.* Sed hanc solutionem rejicit Henricus Bocerius *ad hanc legem.* Præstat igitur, ut acquiescamus in prima solutione, vel etiam si placet, Giphanianam amplectamur.

Secundò objicitur *l. 25. si merces. §. qui columnam. ff. locat.* ubi conductor, qui columnam transportandam suscepit præstare dicitur debere periculum fractionis columnæ ejus inter tollendum vel portandum vel reponendum: quod periculum ex culpa ipsius ministrorum acciderit, & culpa dicitur abesse, si omnia sint facta, quæ diligentissimus quisque fuisset observaturus. Significat igitur Cajus, culpam levissimam præstandam esse. Aliqui eandem solutionem, quam

ad præcedentem objectionem attuli, etiam huic accommodant, nempe diligentissimum positum esse pro diligenti: Ita Antonius Contius, Bocerius, alique. Aliqui vero speciale hoc esse dictum in re fragili, qualis est columna, ut ibi præstetur etiam levissima culpa, atque ita causam juris singularis sive specialitatis collocant in qualitate rei conductæ. Sic Martinus antiquus glossator: quam sententiam Alciatus quoque probat ad l. Magnam de verborum signif. Et Carolus Molinaus in tract. ut. de eo quod interest. num. 182. & Interpp. plerique ad §. qui pro usu. Instit. de locatione. Sed hanc solutionem refellit Antonius Delrio hic. Quia Ictus in fin. dist. §. ait, idem posse transferri, id est, accommodari etiam ad cæteras res: etiam si quis dolia vel tigna conduxerit transportanda, quæ tamen res non perinde sunt fragiles. Quare ipse potius vim ponit in qualitate conventionis, id est, in pollicitatione præsumpta ipsius conductoris, qui promiserit in conducendo artem sive peritiam quandam singularem, ut ita hic quædam sit exceptio à superiori regula. Hic enim imperitia quælibet, quamvis exigua, culpæ annumeratur, argum. l. 9. §. Celsus. digest. Locati. Quod si conductor non promiserit artem vel peritiam, ne quidem tacite, tunc non tenetur de levissima culpa, qualiscunque sit res, etiam si valde fragilis. Hoc enim casu sibi imputare debet locator, qui non expressè sibi caverit atque prospexerit, paciscendo videlicet levissimam culpam: de qua proinde non poterit conductorem convenire. Neque enim hoc patitur istius contractus natura & conditio, quam non debuit ignorare locator. arg. l. qui cum alio. h. t. nostro.

Nunc addamus etiam alias exceptiones à regula: Ergo in Locatione præstatur etiam levissima culpa. I. Si quis eam promiserit, expresso videlicet pacto. Ratio est posita in vi pacti: & quia sibi imputare debet, qui tam arctè se obligavit, II. Si quis sit artifex in aliqua re, ut Medicus, Faber. Hic enim tacite pollicetur summam atque exactissimam diligentiam. arg. d. l. 25. si merces. §. qui columnam. ff. Locati. Præterea cum conductor non regulariter teneatur de casu fortuito seu vi maiore, per l. si quis domum. 9. §. Imper. Antoninus. & l. 11. Videamus. §. 1. & l. 15. Ex conducto. §. 1. & l. 25. si merces. §. vis maior. ff. locati. & l. 28. in iudicio. C. de locat. Aliquando tamen etiam casum, cui resisti non potest, præstare tenetur: ut 1. Si ita convenerit, id est, si pacto eum in se recepit. d. l. 9. §. Iulianus. 2. ff. locat. l. 13. item queritur. §. si gemma. eod. & l. 8. licet. C. eod. 2. Si culpa ipsius contigerit ille casus. d. l. 11. §. 1. & §. ult. & d. l. 25. §. qui columnam. ff. d. r.

Restat postremo, ut etiam de Actionibus quæ ultro citroque dantur, breviter explicem, & affinia quoque remedio sive concurrentes actiones attingam. Competit autem locatori quidem actio locati. Conductor vero conducti, ut ait Imp. in l. tit. Instit. de Locatio. & idem utramque harum annumerat actionibus bonæ fidei in §. Actionum. Instit. de Action. Suntque hæ actiones directæ, non contrariæ: quia conductor æquè directo ac principaliter agit adversus locatorem, atque locator nem directam ab una parte, & contrariam ab altera ibi tantum habet locum, ubi non uterque contrahentium æquè principaliter ac directo agit, sed unus tantum.

Sed videamus paulisper seorsim, ad quid utraque actio detur: Itaque Locati actio

actio datur locatori potissimum ad ista. Primò, ut conductor, cui usus rei est concessus, pro mercede solvat eam mercedem sive pensionem, sive redditum, ejusque præstet usuras post moram. l. 17. C. de Locato. Est enim hoc de usuris præstandis generale in omnibus bonæ fidei judiciis. l. 32. §. in bonâ. & ibi gloss. ff. de usur. Quando autem solvi debeat merces, jam supra dixi. Secundò: ut conductor rei expleto ejus usu & finita conductione rem locatori restituat. l. 25. si quis conductionis. Cod. de Locato. Ex quo intelligimus, non posse conductorem referre locatori quæstionem dominii, sed prius debere possessionem ejus restituere, quàm litiget de proprietate. Qui autem non restituit rem locatam, contra eum locator potest jurare in litem, & tanti ipse condemnabitur, quanti in litem juraverit actor. l. 48. si cui locaverim. §. 1. ff. Locati. Est etiam hoc generale in b. fidei judiciis, ut contra reum juretur in litem. l. 5. in ast. in pr. & ibi Duar. ff. de in litem jur. l. 3. §. in hac actione. ff. commodati. Tertiò: ut conductor emendet damna, quæ ipsius dolo vel culpa lata ac levi in re conducta contigerunt. l. 43. l. 55. §. f. & l. 57. ff. Locati. Quartò: si quid fortè conductor fecerit contra legem conductionis, i. e. contra id, de quo convenit, ut fieret, vel non fieret, Sæpè autem in jure nominatur *lex conductionis*: item *lex locationis*: id sc. de quo convenit, quia legem & formam contractui dedit. Quintò: aliquando hæc actio datur ad hoc, ut quis liberetur locatione conductione. Exemplum refertur in l. 75. ex conducto. §. fin. ff. Locati. Sextò: interdum agere potest Locator ad hoc, ut Conductor migret etiam ante expletum tempus locationis. l. 3. Cod. de locato. Ex qua lege observandi sunt tres casus, quibus conductor cogi potest ad migrandum ante tempus, quamvis paratus sit diutius manere & mercedem solvere. 1. Casus est: Si dominus ipse indigeat. 2. Si domum corrigere velit ædificando vel fulciendo. 3. Si conductor malè versatus sit in re conducta. Hic addendus est quartus casus, si non solvam pensionem intra biennium. l. 45. quæro. §. inter locatorem. ff. locati. & Accursius ad d. l. 3. C. eod. Postremò notandum est, Conductorem, qui non restituit domino ante sententiam definitivam rem quam ab eo conduxit, non solum rem locatam, sed etiam æstimationem ejus, atque ita duplum præstare compellendum esse. l. 34. Conductores (aliis est l. 33.) C. de locato. l. 10. Non abs re. C. unde vi.

Atque hæc ita se habent, si Res locata sit, sive Usus rei: nec interest sive mobilis sive immobilis: si verò locatæ sint Operæ, item si Opus sit faciendum sit locatum, quid tunc in hanc actionem veniat, peti potest ex Oldendorpio *class. 4. act. 9.* & ex Nicol. Vigelio in *method. jur. Civil. part. 5. lib. 19. c. 5. & 6.*

Concurrunt autem cum hac actione Locati, etiam aliæ. Vt primo, Actio L. Aquiliæ de damno injuriâ dato, si Conductor rem locatam, puta servum vel jumentum culpa sua quassaverit, & deteriorem fecerit. l. 13. item queritur. in pr. & l. 43. si vulneraverit. digest. Locati. Aliud exemplum talis concursus est in eadem lege l. 3. §. 4. Item Iulianus. ff. locati, & in l. 5. §. fin. ff. ad l. Aquiliam. Et rursum aliud in l. 25. si merces. §. 5. ipse quoque. digest. locati. Aliquando tamen accidit ut videatur quidam danda actio legis Aquiliæ, & tamen non detur: ut videre est in l. qui domum. 57. digest. locati. Secundo concurrat Actio furti: nempe si Conductor rem conductam mobilem lucrandi animo contrectaverit & surripuerit. l. 42. si locatum. ff. locati. junctâ leg. 34. qui servum. §. 2. sive de colono. digest. de obligat. & actionibus.

Tertio

Tertio concurrat actio arborum furtim celsarum, quæ est in duplum ex L. 12. tab. si videlicet conductor arbores exciderit in fundo conducto. l. 25. si merces. §. ipse quoque. ff. Locati. & l. 1. digest. Arbor. furtim casarum. Quarta concurrens actio est, Serviana & Hypothecaria. Nam Locator habet sibi obligatam non solum personam conductoris, sed etiam ejus res investas & illatas in domum & fundum conductum: Habet, inquam, in his rebus jus pignoris, ad quod persequendum istæ actiones ipsi dantur, quia de re non nihil attingi supra, cum de pignore explicarem. Quinto, concurrat etiam interdictum Salvianum ad recuperandam possessionem ejus rei, quam conductor alienavit, cum intulisset vel invexisset in fundum, ut esset pignori pro pensione. t. r. de Salvian. interdict. & t. Cod. de Prat. & Salvian. interdict. Sextum remedium est; quo locator postulat, ut horrea sive insulæ conductore diu latitante & intra biennium non solvente pensionem, aperiantur, & res conductoris, quæ intus sunt, describantur à publicis personis. l. 56. cum domino. ff. Locati. Septimum affine remedium est, Actio empti & venditi, ut in l. 13. Iulianus. §. pen. ff. de Act. empt. vendit. Vbi quis vendidit domum & excepit sibi habitationem certi temporis, vel fundum vendidit, & pactus est, ut sibi liceret eo perfrui ad certum tempus. Et si enim hoc casu intervenisse videtur Locatio; tamen spectandum est potius, quid principaliter actum sit. Actum est autem hoc, non ut locaretur fundus vel domus, sed ut venderetur, quamvis cum tali pacto, ut dictum est. Octavo, pro actione locati interdum datur actio præscriptis verbis: ut in l. 17. si gratuitam. §. 3. si cum unum. ff. de præscript. verb. §. præterea. vers. veluti. Instituit. de locat. & conduct. Nondè; Interdum etiam uni eidemque dantur ante actiones, ita, ut in eandem personam concurrat actio locati & actio conducti, quod fit inter socios, qui fundum habent communem pro indiviso, & pacti sunt inter se, ut alternis annis certo pretio eum haberent conductum. l. 35. & hæc distinctio. §. cum fundum communem. ff. locati. Decimo: Ex eadem lege alia quoque concurrens actio est notanda, videlicet communi dividundo: qua socius socio præstat damnum, quod in fructibus insequentis anni ipsi dedit. Postremo etiam cernitur affine remedium, in extraordinariis cognitionibus, quibus petuntur salaria & honoraria Advocatorum, Medicorum, Professorum & similium. l. 1. ff. de Extraord. cogn. Ex qua lege probè notandum est, si non steterit per advocatum, quod minùs causam perageret, cujus patrocinium suscepit, non posse cogi vel ipsum, vel ejus heredes, ad reddendum honorarium, quod accepit, l. 1. §. 13. Divus Severus. digest. de extr. ordin. cognit. & l. 38. qui operas. §. 1. digest. Locati. Videatur etiam Ioh. Gallus lib. 1. quaest. jur. cap. 7.

Sequitur paucis de Actione conducti sive ex conducto. Datur hæc Conductori contra Locatorem, & quidem potissimum ad ista? Primo: ut Locator conductori præstet frui licere re conductæ, vel id, quod ejus interest. Item ut reficiat actionis convenerit. l. 15. Ex conducto. §. 1. & l. 24. si in lege. §. colonus. & l. 33. si funt. ubi usus rei conductæ. Alii namque sunt, quibus id prohibere dominus sive locator non potest, quò minùs id faciant. Alii contra sunt, quibus facile potest prohiberi.

hiberi. Priori casu tenetur locator tantum, ut remittat conductori mercedem, vel ut acceptum restituat: posteriore casu tenetur ad id quod interest. Idque optimâ ratione differentia: quia priore casu nihil est, quod imputari possit ipsi: sed posteriore casu est, quod ipsi prohibetur. Sed si non liceat conductori re conductâ frui, puta, quia domus aliena erat locata, eamque verus dominus evicit; absolvendus erit locator in hac actione ex conducto, si paratus sit aliam habitationem æquè commodam præstare conductori. *l. 9. si quis olim. in pr. ff. locati.* Præterea datur actio conducti ad hoc, ut locator præstet damna, quæ passus est conductor, ob vitium rei locatæ, vel scivit locator, vel scire potuit ac debuit. *l. 19. sed addes. §. 1. ff. locati.* Ubi distinguitur inter scientiam & ignorantiam vitii. Insuper datur hæc actio ad instrumenta fundi tradenda, quæ solent Locatori inservire & usibus fundi dict. *l. 19. §. illud nobis. ff. locati.* Ad hæc datur actio ex conducto ad recuperandas impensas necessarias & utiles, quas conductor in re conductâ fecit. *l. 55. Dominus. §. 1. & l. 61. colonus. in pr. ff. locati.* Ad easdem impensas servandas datur etiam conductori exceptio doli mali, quâ repellat locatorem agentem ex locato ad mercedem. *d. l. 61. in pr.* idque tum ex eo, quia talis locator cuperet locupletari cum alterius damno contra bonam fidem & æquitatem naturalem: tum etiam ex regula iuris, *Cui damus actionem, eidem & exceptionem competere, multò magis quis dixerit.* Item ad servandas impensas datur etiam conductori facultas tollendi, quatenus scilicet id fieri potest sine deformatione ædium, ne illarum conditio fieret deterior inter tollendum, sed ut pristina facies servetur vel reddatur. *l. 19. sed addes. §. si inquilinus. ff. locati.* Insuper datur actio ad remissionem vel exonerationem pensionis, vel etiam redditionem ejus, quod locator accepit, ob nimiam sterilitatem vel interitum rei, ex incendio aut labe vel hiatu terræ existente, vel ob alios casus, per quos factum est, ut conductori non liceret frui re conductâ. *l. 9. §. 4. Imperator. l. 15. §. 1. si quis. & §. 6. si quis cum in annum. & l. si merces. 25. §. si vis major. ff. locati.* Rationem hanc rectissimè reddit Wesenbecius *in parat. ff. locati.* quia cum ob usum rei præstetur merces; æquum est, ut qui uti re nequit, ei fiat remissio pensionis. Si quis igitur, ut sæpè fit, habitationem aliquam conducens in annum, prærogaverit pensionem integram, nec tamen possit per totum annum ea domo uti, quia scil. post semestre corruiit vel combusta est, post residui temporis pensionem repetere: & quidem tantum hac ex conducto actione; non autem conditione indebiti. Nam hæc actio non datur nisi illi, qui per errorem solvit indebitum. Iste autem Conductor non per errorem solvit pensionem integram, sed sciens ac prudens, idque non donandi causâ, sed in eum finem, ut sibi prospiceret, in causam conductionis. *d. l. 19. §. si quis cum in annum. ff. Locati.* Sic si quis in plures annos fundum vel domum alicui locaverit, certâ mercede, & tandem testamento suo damnaverit heredem, ut conductorem liberaret, id est, ne ullam mercedem ab eo exigeret (quod aliàs dicitur *legatum liberationis. r. 1. ff. de liber. legat. & §. si quis debitori. Insti. de legat.*) Hoc casu potest Conductor agere contra heredem ex conducto, ut patiatum eum reliquo tempore frui, & mercedem remittat. *l. 24. si in lege. §. fin. ff. Locati. junctâ l. 16. ei cui. cum ll. seqq. ff. de libr. legat.* Præterea ex conducto agi potest ad liberationem, in casu *l. 9. §. fin. ff. Locat.* Sicut etiam

R

vice

vice versa interdum locati agi potest, ut quis locatione liberetur, ut est in *l. 15. ex conducto. §. ult. cod. t.* Hoc amplius, potest inquilinus agere ex conducto aduersus locatorem seu dominum, ut is patiatur ipsum emigrare ex adibus ob timorem ruinae impendentis sive damni infecti. *l. 33. Inquilino. ff. de damno infecto.* Sed hoc ita demum, si pensiones superioris temporis paratus sit solvere. Nam alioquin iusta erit causa retentionis in rebus inuectis & illatis. *l. 34. utiq. ff. de damno infecto.* Quid autem si res pignoris jure retentæ, ruinâ vicinarum ædium interierunt post emigrationem Inquilini? Respondet Paulus in *d. l. 33.* Locatorem etiam pignoratitiâ actione teneri; si, cum posset eas in locum tutiorem transferre, non transtulit. Innuit ergo Paulus per particulam *etiam*, posse hunc Locatorem etiam ex conducto conveniri: & has duas actiones hoc casu concurrere; quod probè est notandum.

Postremò notandum est, et si regulariter & plerumque ea locatione & conductione nascitur obligatio mutua, per quam alter alteri obligetur: (Est enim hoc negotium ex eorum numero, quæ vocantur *διπλάτης*, q. dicas, *bilatera*.) tamen interdum contingere, ut conductor solus obligetur, locatore non obligato. Cujus rei exemplum proponit Paulus in *l. 20. sicut emptio. §. fin. ff. Locati.* in eo videlicet, qui fundum emit, & conduxit eundem, donec pretium solverit.

Cum hac quoque Actione ex conducto concurrunt aliæ: ut primò Comuni dividendo: Secundo, Actio præscriptis verbis. *l. 23. si convenerit. ff. comm. divid. junctâ l. 35. & hoc distinctum. §. 1. ff. locati.* Inter quas duas ll. quædam videtur esse *ἀντινομία*, dum videlicet prior negat hîc dari actionem ex conducto, altera affirmat. Eam solvit Accursius in *gloss. d. l. 35.* quæ vulgò est 38. & aliter respondet Cujacius *tract. 8. ad Africanum.* Tertiò, concurrat etiam Actio ad exhibendum in casu. *l. 19. sed addes. §. 5. si inquilinus. ff. locati.* Quartò, Præterea etiam concurrat actio legis Aquiliæ: si conductor damnum acceperit ex re locata. *l. 27. si servus. §. penult. ff. ad l. Aquiliam.* Item concurrat actio noxalis damni vel furti: vel potius deficiente actione ex conducto, illa datur, ut est in *l. 45. in princ. ff. locati.* Idem dicendum est de furti actione, in *dict. l. 45. §. 1. videndæ etiam. l. 31. si servus. ff. de pignorat. actione. & l. penult. ff. locati.* Interdum etiam pro actione ex conducto datur actio de peculio, vel de in rem verso, ut in *d. l. 60. §. servum. ff. locati.* Interdum conditio indebiti. *dict. leg. vigesima nona. sed addes. §. si quis ff. Locati.* Interdum denique concurrat etiam Actio ex testamento, ut supra dictum est ex *l. 19. & præsedens. duabus. ff. de liberat. legat.* Postremò: Interdum etiam exceptio concurrat cum hac actione, ut *l. 25. si vicino. ff. locati.* Idq; ex regula Juris:

Cui damus actionem, eidem & exceptio multò magis competit.

CAPVT

CAPVT DECIMVM.
DE DOTIS DATIONE.

DE Dotibus earumque jure cum plurima tractari possint: ita hanc interpretationem instituiam & moderabor; ut neque nihil aut nimis pauca, neque omnia tamen, aut nimis multa, hoc loco attulisse videar. Regula autem nostræ, quæ potissimum agit de eo, quid præstet maritus uxori in re dotali, quædam majoris evidentie & præviæ cujusdam cognitionis causa sunt præmittenda.

Ad VOCABULUM quod attinet: Dos vocabulum est Græcæ originis. Nam & Græcis *δῶς* dicitur pro donatione: ut apud Hesiodum; *δῶς ἀγαθόν*. Varias autem habet notiones: ut cum dicimus, *dotēs animi & corporis*: significantes ornamenta, quibus quis est præditus. Item cum ait Varro de re rustica, *vineam cum sua dote*: significans accessionem, seu instrumenta vineæ ad culturam ejus & fructuum collectionem pertinentia. Sic & in jure *Dotēs prædiorum* dicuntur, l. 2. §. ult. & l. 20. §. 1. ff. d. instru. vel instrument. legat. l. 34. §. 1. ff. d. legat. 2. Sic in jure Pontificio dicuntur *Dotēs Ecclesiarum*, proventus sive redditus, qui Ecclesiæ assignati sunt ab earum fundatoribus ac patronis. c. cum sicut. Ext. de consecr. Ecclesi. Ad quod exemplum etiam *Academiarum sive Vniuersitatum dotēs* sunt introductæ: dum Principes earum fundatores certa aliqua prædia, certos fundos, vel etiam pagos, eorumve redditus annuos, ipsis attribuerunt; unde earum Doctores sese exhiberent, suaque perciperent stipendia.

Sed illarum significationum nulla est hujus loci: ubi *dotem* in re matrimoniali accipimus propriè; cum sine matrimonio dos esse aut consistere non possit. l. 3. & l. stipulationem. ff. d. jur. dot. & l. 3. ff. pro dote. l. ult. C. d. repud. cum similib. In ipsa quoque re matrimoniali, *dos* non uno modo capitur. Aliquando enim usurpatur pro contractu: aliquando pro re ipsa, quæ in dotem datur: aliquando pro jure in rem: ut in l. 1. §. Celsus. ff. de dote prælegat. sicuti etiam de Feudi vocabulo aliàs admonui, lib. 1. Partit. iur. Feudal. cap. 3. q. 3. Hoc loco *dotem* accipimus in significatione contractus, ut in l. nostra, & in l. 65. ff. d. judic. & l. 5. §. nunc videndum. vers. sed ubi utriusq. ff. commodati. nec non in l. 1. ff. d. jur. dot.

Et DEFINIMUS Dotem cum Cujacio, in parat. Cod. quòd sit *Conventio*, quæ res aut pecunia certa propter justam uxorem, & propter onera matrimonii, pervenit ad virum. Quæ breviter explicanda sunt. Generis loco ponitur *Conventio*: quo nomine complectimur omnes modos constituendæ dotis: scilicet & stipulationem, & pactum, & pollicitationem sive nudam promissionem & oblationem. Nam ex his omnibus obligatio nascitur efficax ad agendum. l. 4. & l. 6. ab exactione C. d. dot. promiss. & nud. pollic. l. 1. & l. avia. C. de jur. dot. Hoc enim casu in favorem dotis hoc receptum est, ut etiam ex nudo pacto detur actio: quæ aliàs non daretur. l. 7. quinimo. ff. d. pact. cum multis similibus. Et fingitur hîc semper intervenire stipulatio. §. fuerat. Instit. d. action. & l. unu. Codic. d. rei uxor. action. Omittitur

tur in hac definitione *Dictio*. Etsi enim dos etiam olim constituebatur dictione, quæ erat solennitas quædam verborum, ut ex Vlpiani *fragm. t. 6.* & ex Cuii *Instit. t. d. Verb. Oblig.* constat: Nam ea *Dictio dotis* in desuetudinem abiit. Omittitur quoque mentio *instrumentorum dotialium*, (quæ & *tabulæ matrimoniales* appellantur (etiam S. Augustino) quia tamen hæc sæpè accedunt: (ut sit instrumenti dotalis mentio in *l. 72. mulier, §. fin. D. de jur. dot. & alibi*) tamen non ita sunt necessaria, aut de substantia dotis, vel etiam matrimonii, ut omissio illorum vitiet actum. arg. *l. 4. D. de fid. instr. & l. 4. D. de pignor. & hypoth. l. 1. & ibi gl. plures leges concordantes annot. ut. C. de fid. instr.* Dictum est in definitione de *Iusta Vxore*: quia ut dos valeat, non satis est matrimonium esse & uxorem; sed etiam oportet matrimonium esse iustum, & iustam uxorem. Dotis enim appellatio non refertur ad ea matrimonia quæ consistere non possunt: ut ait Vlpianus in *l. 3. ff. d. jur. dot.* Nec dos intelligitur, ubi matrimonium non secundum legum præcepta est contractum: ut ait Imperator, in *§. si adversus. instit. d. nuptiis*: & Paulus, incestas nuptias neque dotem habere. *l. 52. incesta ff. d. rit. nupt.* Quod idem intelligendum est de quibusvis inutilibus & injustis nuptiis: Facit *l. non dubium. §. C. d. legibus*. Quod additur in definitione *propter onera matrimonii*: id pertinet ad finem hujus contractus. Nam idcirco datur dos, ut maritus tantò facilius sustinere onera matrimonii quæ ipsi multa certè & magna incumbunt, in uxore, in sobole, & reliqua omni familia alenda seu exhibenda. Ad hoc igitur inserviunt ipsi fructus, quos ex dote percipit & suos facit: ut est in *l. 7. dotis fructus. & l. 10. plerumq. §. sed verus ff. d. jur. dot. l. 20. pro oneribus. C. eod. t.* Eleganter ait Paulus: *dotis fructum ad maritum pertinere debere, æquitas suggerit*. Cum enim ipse onera matrimonii subeat; æquum est, eum etiam fructus percipere. Facit huc L. *secundum naturam. h. t.* & quod alibi dicitur à Paulo, *Absurdum esse, alium habere commodam rei, alium onera sustinere. l. 15. qui in potestate. §. fin. ff. de legat. præstand.* Quod additur in definitione, *qua res ad virum pervenerit*; hoc non ad petitionem, sed ad repetitionem, & alia quædam jura ac privilegia dotis pertinet. Nam ut dos possit repeti (quod fit regulariter non constante matrimonio, sed soluto per mortem vel divortium *l. 24. si constante. Vbi Dd. D. Sol. mat.*) non satis est, dotem cautam sive promissam esse, vel etiam à marito confessam; sed oportet etiam re ipsa datam sive numeratam, & (ut loquuntur Interpretes realiter illatam esse ad virum. *l. 1. & t. t. Cod. d. dot. caut. non num. Mynsing. cent. 1. Obs. 61.* Impp. vocant dotem corporaliter traditam, in *l. 9. si quis posthac. Cod. d. bon. proscript.* Ad petitionem tamen dotis id est ad hoc, ut maritus eam primò exigere possit ab iis, qui illam promiserunt sive constituerunt, sufficit sola promissio. *dict. l. 6. ad exactionem. C. d. dot. promiss. l. 1. §. pen. ff. d. collat. dor.* Fingitur enim intervenisse stipulatio. *l. unic. C. de rei uxor. actione. & §. fuerat. Inst. d. actionib.* Ac omninò diligenter distinguendum est inter has duas de dote actiones: petitionem, quæ datur marito contra promissorem, ad exigendam dotem: & repetitionem, quæ datur uxori, vel ejus patri, vel alteri promissori dotis contra maritum vel ejus heredes ad dotem repetendam soluto matrimonio. Quas inter actiones rectè etiam distinguit Oldendorpius *class. 4. act. 26.* & infra admonebo, cum de actionibus tractabo. Potest etià definiri dotis datio, quod sit *Contractus re initus, quo maritus obligatur ad*
dotem

dotem acceptam, solius matrimonii restituendam. Sed hæc definitio ferè ex suprà dictis intelligi potest; unâ & alterâ exceptâ particulâ; ut de restitutione cui scilicet illa sit faciendâ, sive quis habeat actionem de dote repetendâ. Quæ de re explicatur ad l. 6. *jure succursum*. ff. d. jur. dot. l. 2. l. 6. *Avia. cum l. seq. & ad l. 19. & l. 26. si genero* Cod. eod. t. & ad l. uniu. Codic. de rei uxor. action. Ad eandem clausulam hoc quoque notandum est: non semper obligari maritum ad restituendam dotem. Nam primò retinet ac lucratur eam, si culpâ uxoris matrimonium fuerit dissolutum, puta ipsius adulterio, vel alia simili causâ quales enumerantur in l. 9. Cod. de repud. Videatur l. 44. *si dotem*. Cod. de jur. dot. & Henning. à Gæden. consil. 13. num. 26. & consil. 105. num. 30. Deinde maritus lucratur dotem, si tale pactum in continenti sive initio contractus apposuerit. Tertiò, si tale sit statutum, vel talis consuetudo in regione frequentetur, ut maritus lucretur dotem. Deinde circa restitutionem dotis hoc quoque observandum, quod maritus hæc actione conventus, non teneatur in solidum; sed quatenus facere potest deducto, ne egeat. Quæ de re explicatur in §. *Item si de dote. sub finem. Instit. t. d. action.* Vbi tractatur etiam de aliis hujusmodi personis, quæ non in solidum condemnantur. Illud quoque notandum ad verba, *solutio matrimonio*; quamvis regulariter tum demum dos repeti possit. quia videlicet eo tempore dos incipit sine causâ esse penes virum; quippe cum jam cessent onera matrimonii, ob quæ facilius toleranda dos fuerat data: interdum tamen etiam constante matrimonio eam repeti posse, videlicet, si maritus vergat ad inopiam; sive facultatibus labatur. Idque & utroque jure cautum est, & consuetudine receptum; optima sanè ratione; quia melius est in tempore consulere mulieri, ut dotem suam habeat salvam, quàm expectare infelicem exitum, & post causâ vulneratam, ut dicitur, serò remedium querere. arg. l. ult. C. Inq. lib. causis in integ. restit. necess. non est. Videatur l. 24. in princ. ff. solut. matrim. & l. 29. ubi adhuc. C. d. jur. dot. cum authen. subject. & c. per vestras. Extra d. donat. int. vir. & uxor. Andr. Gail. lib. 2: Obser. 83.

Nunc, priusquam transeamus ad divisionem sive species dotis; separanda est dos à COGNATIS quibusdam rebus. Tales sunt 1. *Sponsalitia largitas*, quo verbo significantur munera, quæ inter Sponsos dantur, item *arrhe Sponsalitie*: alio nomine etiam *Sponsalia* dicuntur. t. t. C. d. sponsal. cum 3. seqq. Ubi videatur Cujacius in parat. Ius autem hujus quàm sit diversum à dote, cuius obviu est, & ex dd. ll. facile peti potest. 2. Cognata est doti *donatio propter nuptias*, quæ olim dicebatur *Ante nuptias*. Hæc velut ex altera parte responderet doti: Unde etiam *Anripherna* appellatur, q. d. *contra-dos*. Germani vocant *Gegensteuer* / oder *Gegenvermãchnuß*. Nam sicut mulier vel alius pro ea, & maxime pater, (cujus est dignitate natalium sive familiæ. l. 60. & 69. cum post. §. genero. & §. seq. ff. d. jur. dot. l. 43. ff. d. legat. 3. adeo ut etiam à magistratu ad hoc cogi possit. l. fin. Cod. d. dot. promiss. & l. 14. neg. mater. ff. d. jur. dot.) sicut, inquam, illi dant dotem: sic maritus, vel ejus pater, vel alius, dat hanc donationem propter nuptias: de qua agit etiam Imperator, præter d. t. Codic. de donat. ant. nupt. in §. & aliud. Instit. d. donationib. & in Nov. 38. & Nov. 97. & Nov. 119. Cujacius in parat. Cod. eleganter vocat donationem

nem propter nuptias, *Amuſſim, Examen, Levamentum Dotis*: propter illam ſcilicet æqualitatem, quâ vulgò interpretes dicunt eam pari paſſu cum dote ambulare. In Pandectis ſanè hoc genus donationis nuſquam nominatur: quia ICtis veteribus ignotum fuit; demum per conſtitutiones Principum, & quidem Iuniorum, ut loquitur Imperator, id eſt, poſteriorum, introductum.

Hæc duo conveniunt 1. in eo, quòd tam donatio propter nuptias, quàm dos, poteſt conſtante matrimonio, & primùm conſtitui, & augeri quoque. *l. penult. & fin. C. d. donat. ant. nupt. & §. eſt & aliud. Inſt. d. don.* tametſi aliàs ſimpliciter donationes inter conjuges regulariter ſint prohibitz. *t. t. ff. & C. d. donat. inter vir. & ux.* 2. conveniunt in eo, quòd ſicut nomine dotis habet mulier tacitam hypothecam in bonis mariti. *l. unic. §. & ut plenius. C. d. rei ux. act. & ibid. Accuſſus, & l. fin. §. 1. Codic. qui potior. in pign. hab.* ita etiam pro conſervanda datione propter nuptias. 3. Sicut dos amittitur culpâ uxoris; ita & hæc donatio culpâ mariti perditur. 4. Sicut pacto vel conſuetudine effici poteſt, ut dos cedat lucro mariti, ita etiam ut hanc donationem lucretur uxor.

Differunt tamen hæc duo in multis aliis: V. G. 1. in eo, quòd dos à parte uxoris: donatio autem iſta à parte viri datur: Tametſi moribus veterum Gallorum à marito dos data fuerit, teſte Iul. Cæſare *lib. 6. commentar. de bello Gallico.* 2. differunt ſine. Nam dos datur marito, propter onera matrimonii, & ut fructus inde percipiat, ſuosque faciat, ut ſupra dictum eſt ex *l. 7. ff. d. jur. dot.* Sed donatio iſta propter nuptias assignatur uxori, ad ſecuritatem dotis: & ut ſit quaſi hypotheca quædam, quam ſoluto matrimonio reſtituat marito eiufq; heredibus, poſteaquam ipſi de dote ſatiſfactum eſt: ut notat Weſenbecius *in parat. d. jur. dot.* 3. differunt, quo ad reſtitutionem. Dos enim reſtituenda eſt mulieri, vel alteri qui eam ſibi reddi pactus vel ſtipulatus eſt: Donatio autem iſta reddi debet marito, vel heredibus ejus. Sed de donatione propter nuptias, ejufq; jure videri poſſunt, quæ diligenter ſcripſit clarisſ. Collega noſter, Scipio Gentilis. *lib. 4. d. donat. int. vir. & uxor. cap. 16.*

Tertiò cognationem habent cum Dote bona mulieris alia, quæ extra dotem habet atq; ad maritum affert. *Parapherna* vocantur, vocabulo Græcæ originis, quod in jure quoq; noſtro tribus in locis reperitur. ut in *l. 8. hac lege. & l. fin. C. d. pact. convent. tam ſuper dot. & in l. 9. ſi ego. §. ceterum. ff. de jur. dot.* Dicuntur autem *Parapherna* 4. præter dotalia, Germanis noſtris ſunt *Nebengüter* / Item *Einhandgüter*. Papinianus *ſpecies extra dotem* appellat, in *l. 31. donationes. §. 1. ff. d. donationib.* Poteſt quidem uxor nubendo univerſa bona ſua marito in dotem dare. ut eſt in *l. 72. mulier. ff. d. jur. dot.* Idq; nulla lege facere prohibetur, teſte Imp. Alexandro in *l. 4. C. de jur. dot.* & Andr. Gailio *lib. 2. Obſ. 32.* Idq; etiam bonum id eſt conſultum eſſe cenſent Impp. in *l. 8. C. de pact. convent.* quia ſcilicet, cùm mulier ſe ipſam ſuunque corpus marito committat: quæ ratio eſt, nolle pati, ut per eundem etiam res ipſius gubernentur? Veruntamen ſi ita placeat mulieri, aliquas res extra dotem ſibi retinere, nec omnia bona in dotem dare, mos ei gerendus eſt: cùm quilibet rerum ſuarum moderator ſit & arbiter, poſſitq; eas vel retinere, vel alienare. *d. l. 8. & l. 21. in re mandata. C. Mandati.* Dicuntur verò *Parapherna* etiam *peculium mulieris*, vocabulo Gallico, ut ait Vlp. in *d. l. 9. ff. d. jur. dot.* Ex quo apparet, non eſſe veram diſtin-

distinctionem quorundam: qui putant, parapherna dici *bona extra dotem* eo casu, quo utenda fruenda dentur marito: *peculium* verò, si servantur & possideantur ab ipsa uxore. Vlpianus certè *in d. l. 9. ejusmodi discrimen minimè agnovit*,

Differentia Paraphernorum à Dote manifesta est. Nam dotis dominium transfertur in maritum, & hic dotis est dominus constante matrimonio. *l. 13. dotale prædium. §. 2. ff. de fundo dotali.* Vnde & rei vindicationem habet: quæ actio non datur, nisi domino. *l. 9. doce. Cod. de rei vind. & l. 22. in rem actio. ff. de rei vind.* Sed Paraphernorum dominium non transit in maritum: nisi hoc ipsum agatur inter conjuges, ut mariti efficiantur. *d. l. 9. si ego. §. ceterum. ff. de jure dot.* Alioqui maritus nolente uxore ac prohibente ne quidem administrationi illorum bonorum sese immiscere debet. *d. l. 8. C. de pact. convent.* tametsi ut procurator & tanquam persona conjuncta possit exercere actiones illorum bonorum nomine, aliquando quidem cum cautione sive satisfactione de rato; aliquando etiam sine ea admittendus. *lege vigesima prima, Maritum. C. de procurat. & l. fin. C. de pact. convent.* Quorum legum contrarietatem pulchre conciliat D. Giphanius, *ad d. l. maritum. C. de procurat.* aliter quàm vulgò DD. qui ut hanc *ἀντινομία* dissolverent, excogitarunt discrimen inter bona mulieris *parapherna*, quæ ipsi vocant *Paraphernalia*, & inter bona *Receptitia*. Sed hoc discrimen planè esse commentitium, & *Parapherna* à *Receptitiis* non differre, nisi nominis sono, docet idem Giphanius *d. loco*. Quid enim sunt *Receptitia* bona, nisi *Parapherna*, quæ mulier extra dotem sibi *peculiaris* recepit ac reservavit: Et quid sunt *Parapherna*, nisi bona *receptitia* mulieris? Quamvis inter illa etiam Mynfingerus & Gailius *in Observationib.* & Hotomannus *in tract. de dotib.* cum Bartolo & vulgò distinguant. Notanda est autem *ex d. l. 9. ff. de jure dot.* memorabilis consuetudo Romæ frequentata, quâ solebant plerunq; res extra dotem ad se allatas ab uxoribus, id est, *parapherna* vel *receptitia* bona, in libellum conferre, id est, annotare sive describere vel consignare; quod alibi dicitur, intestatum redigere. *leg. 1. §. redè. ff. usufruct. quemadmod. cave.* German. *eine Verzeichnuß oder Inventarium.* Quæ annotatio non eò pertinebat, ut res illæ fierent propriæ, vel in dominium ejus transirent; sed potius probationis causa, ut scilicet separato postea matrimonio, inde constare posset, quid quantumque esset illatum, si fortè negaretur.

Cum autem paulò antè dixerim, *dotem esse in dominio mariti*: ea occasione moveri hîc posset nobilis illa disputatio. An & quatenus hoc verum sit? Constat enim alibi in legibus dici, quòd dos proprium sit patrimonium mulieris, & in ipsius dominio maneat. *l. 75. in pr. ff. de jur. dot. l. 30. in rebus. C. eod. t. l. 3. §. ergo. ff. de minor. l. unic. §. fin. C. de rei ux. act. & alibi.* Illud quoq; constat, non posse duos ejusdem rei dominos esse in solidum *l. 5. §. fin. & ibi Accurs. ff. commod. l. 19. §. 3. ff. de castrens. pecul.* Quare si uxor est domina dotis, (sicut est) non potest esse maritus quoque ejusdem dominus. Sed cum hujus rei explicatio & antinomiarum dissolutio hoc loco nimis longa & aliena quodam modo futura sit; videri potest Giphanius *ad d. l. 30. C. de jur. dot.* & Henricus Bocerius *ad h. l.*

Nos potius pergamus ad alias res, quæ cum dote cognitionem quandam habent. Sicut autem priores illæ res jure nostro sunt receptæ; ita sequentes ferè moribus

moribus sunt introductæ: ut *Morganatica*, sive *Morgengaba*: ut *Dotalitium* sive *Doarium*, Germ. *Leibzucht*: Item, *Leibgeding*: ut *localia*: ut *Gerada*. De *Morganatica* dixi in *partit. Feud. libr. 1. cap. 11. quest. 3. & lib. 2. c. 3. q. 31.* vocabulum esse Longobardicum, significans munus quod matutinum, quod novus maritus novæ nuptæ dat pro prima nocte, sive pro concubitu, & quasi pro præmio depositæ virginitatis, solutæque zonæ virgineæ. De hac videatur Daniel Mollerus *lib. 1. semest. c. 32. & l. 2. semest. c. 43.* & Scipio Gentilis, in *tractat. de donat. inter vir. & uxor. lib. 1. c. 1. & maxime lib. 2. c. 23.* Hic *Morganaticæ* simile est illud munus, quod *ἐπιβολὸν* vocant Græci. De quo videatur Cujacius in *comm. Feud.* & Petrus Victorius in *variis lectionibus*. *Dotalitium* vocant eam speciem donationis, quâ maritus uxori partem aliquam bonorum suorum assignat: tum ut pro dote, quasi hypothecæ jure habeat obligata eam; tum ut post mortem suam consequatur vel usumfructum eorum, vel etiam plenam proprietatem. Priore casu vocant *Leibgedinge*. Videatur Wesembecius in *Paratitl. ff. de jur. dot.* & Mich. Teuberus in *quest. jur. Civil. & Saxon. lib. 1. quest. 30. num. 60.* In Iure Canonico nominatur *Dotalitium* duobus ferè in locis, quod meminerim, ut *c. ex parte. extr. de foro compet. & in c. plerumq. extr. de donat. inter vir. & uxor.* Alio nomine à DD. vocatur *Doarium*. *localia*, à joco seu ludo sic dicta, sunt quasi festiva & hilaria munera, quæ pertinent ad ornatum muliebrem: de quibus idem Clariss. Scipio Gentilis *lib. 2. d. tract. c. 25.* *Gerada*, (cujus multus est usus inter Saxones) significat suppellectilè sive utensilia: hodierno idiomate *Gereth*: ut videre est apud Thomingium & Hartmannum Pistoris in *qq. Iuris.* nec non apud Mollerum in *semestrib.* & Wesembecium in *consiliis*. His adendum est illud genus, quod vocant iidem Saxones *Musstheyl*. De quo idem Teuberus, *quest. 17. lib. 1. & Mollerus lib. 3. semestrium. c. 24.*

Postremò Doti etiam comparari solent *Legitima* & *Alimenta*: ut videre licet apud Nicolaum Everhardum in *Top. Legal. in loco a dote ad alimenta*, & apud Wesembecium in *parat.*

Sequuntur DIVISIONES Dotis. Prima itaque divisione Dos vel est *Profectitia*, vel *Adventitia*: quæ duæ species conjunctim nominantur in *l. 4. Codic. de collat.* *Profectitia* dos est, quæ à patre vel parente paterno, id est, avo, proavo, &c. profecta est de bonis ejus, ut Vlpianus definit in *l. 5. in princ. ff. de jur. dot.* Vbi per totam legem, (quæ quidem bene-longa est) multis modis & exemplis declarat, quot modis fieri possit, ut dos sit *profectitia*. Videatur etiam idem Vlpianus in *fragm. tit. 6.* Hujus generis hæc est natura & proprietas, ut soluto matrimonio revertatur ad partem. *l. 10. in fin. princ. ff. soluto matrim.* Quæ enim invidia, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? ut ait Imp. in *§. quod nobis. Instit. per quas pers. nob. acq. q. d.* æquissimum est, ut talis dos ad eum redeat, à quo est profecta. Est & altera ratio, quam reddit Pomponius in *l. 6. ff. de Iur. dot.* ut amissâ filiâ, dos patri reddita, loco solatii cedat: ne alioquin & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiat. Et quidem tacitam ex stipulatu actionem habeat pater ad dotem repetendam. *l. un. §. ult. in fin. C. de rei uxor. act.* Sed tamen hæc actio & repetitio patris inhiberi potest per pactum, quo convenit, ut uxore in matrimonio defuncta dos penes maritum remaneat: ut est expressus textus in *l. 6. si convenit.*

C. de

C. d. pact. conv. tam sup. dot. Ratio est: quia expressi pacti meritò major vis esse debet, quàm tacitæ stipulationis: tamen si aliàs major inesse soleat vis stipulationi, quàm pacto; si videlicet utrumque sit expressum. Deindè, quia pater potest jus suum, quod habebat, circa dotem repetendam, deterius constitutere vel remittere paciscendo. *d. l. 6. C. de pact. conv. & argum. l. pen. C. d. pact.* Adventitia dos illa est, quæ ab aliquo extraneo, qui non sit pater, vel avus, vel proavus paternus, constituitur, ut à matre, ab avo materno, à fratre, & deniq; à quovis alio: etiam si nullo cognationis vinculo Sponsum attingat. *d. l. unic. §. accedat. 13. C. de rei uxor. act.* In hac specie dotis, ut eam repetere possit is, qui dedit pro muliere, opus expressæ stipulatione, vel pacto ab ipso interposito in dote danda. Nam tacita stipulatio hîc non sufficit, neque præsumitur intervenisse ut in priori casu. *d. §. accedat. in l. unic. C. d. rei uxor. act.* Ideoque si nihil convenerit, neque stipulatione neque pacto de dote reddenda extraneo; manebit illa, quasi donata esset penes mulierem vel virum, vel heredes alterutrius: tamen si aliàs regulariter donatio non præsumatur. *l. cum de indebito. 28 ff. de probat. & l. 7. ff. de donat.*

Secunda divisione, Dos vel est *Inæstimata* vel *Æstimata*. *l. 1. Cod. de jur. dot. & aliis legibus, quas paulò pòst allegabo.* *Inæstimatam* dotem vocamus, quando res simpliciter, nullâ factâ æstimatione marito in dotem datur. *Æstimata* dos dicitur, quando res cum æstimatione seu definitione certi pretii, in dotem datur: v. g. servus decem vel viginti aureis: tres boves sexaginta aureis: domus sexcentis, vel mille aureis, item fundus ducentis aureis, &c. Plurimum vero quo ad jus interest, hoc an illo modo dos alicui detur. Nam si dos inæstimata sit; tum si res dotaless fiant deteriores, periculum est mulieris; si res fiant meliores & auctiores, commodum similiter ad mulierem redundat, ut est textus expressus in *l. 6. in pr. ff. d. jur. dot.* Si autem æstimata sit; tunc maritus & commodum ejus sentit & dispendium subit, & periculum expectat, si res vel augeatur, vel deterior fiat, vel etiam planè intereat. *d. l. unic. §. cumque ex stipulatu, in fi. C. d. rei uxor. act. & l. 10. plerunq; in pr. ff. d. jur. dot.* Ratio hujus differentiæ est: quia æstimatio est instar emptionis, & qui rem æstimatam accepit, ejus pretii debitor est, sicut emptor. *d. l. 1. & l. 5. & l. 10. cum dotem. C. d. jur. dot. l. 3. ff. Locati. cum similib.* Sicut ergo periculum & commodum rei venditæ pertinet ad emptorem; posteaquàm perfecta est emptio & venditio. *§. cum autem l. de empt. & vend. & tit. ff. & C. d. periculo & commodo rei venditæ,* sic etiam harum rerum, quæ cum æstimatione in dotem datæ sunt, ad maritum spectat & periculum & commodum. *d. l. unic. §. 9. in fin. C. d. rei ux. act.* Cui consequens est; quod plerunq; magis expediat marito, ne fiat æstimatio dotis; ne videlicet periculum ad ipsum pertineat; sed potius ad uxorem, vel eum, qui eum dedit, sibi que reddi stipulatus est. *d. l. 10. ff. d. jur. dot.* Hæc igitur est prima differentia inter Dotem æstimatam & inæstimatam. Est & altera differentia, quæ cernitur in restitutione. Nam si dos inæstimata fuerit data; soluto matrimonio restituenda est in ea ipsa re, quæ data erat; non autem in alia, nisi fortè volenti. Invito enim aliud pro alio solvi, vel res pro re dari non potest. *l. 16. eum à quo. & l. seq. Cod. de solut. & init. t. Inst. quib. mod. oblig. collit. & ibi DD.* Sin autem æstimata fuerit

fuerit dos, & queratur quid restituendum sit, tali distinctione utemur, autore Vlpiano in l. 10. *plerumq;* §. fin. ff. d. jur. dot. Aut nihil dictum est, vel *contum*, in danda dote de eo, quid reddi quandoque debeat; sed simpliciter dos aestimata data est; & tum electio erit mariti; utrum ipse malit rem, quam accepit, an pecuniam pro ea reddere. Magis enim hic favendum est debitori, quàm creditori; qui sibi debet imputare, quòd non apertius legem dixerit contractui, sibi que melius prospexerit. arg. l. 39. *veterib.* D. de pact. l. 2. *Labeo* D. de contrah. empt. Aut convenit aliquid de electione. Tunc siquidem convenierit, ut uxoris esset electio, rem aut pretium, utrum ipsa mallet, maritus redderet; tunc in arbitrio erit uxoris, utrum malit petere. Hanc enim vim habet pactio, per quam sibi hanc eligendi facultatem expressè reservavit, consentiente marito; qui proinde non potest postea à tali pacto resilire: argum. l. 5. *sicut.* C. d. Obl. & Act. Sin autem convenierit, ut mariti esset electio, & hic redderet, utrum ipse mallet: tunc maritus eliget, & dabit pro suo placito vel rem, vel pretium rei: tum quia sic convenit, & pacti fides servanda est: tum quia in alternativis aliàs quoque electio est debitoris: ut habet regula Iuris in cap. 70. In *alternativis*, & ibi late Petr. Perkius de Reg. Iur. in sexto. Atque secundum hanc pulcherrimam distinctionem Vlpiani intelligenda est etiam l. 5. *quoties.* Cod. d. jur. dot. quæ continet rescriptum Imp. Alexandri, cujus tutor fuit Vlpianus, & ab eodem Imp. parens appellatur, in l. 4. C. Locati. De qua re & supra dixi in *ægeæ. histor. ad hanc legem.* Hæc de Dotis divisione in eam, quæ est aestimata, & quæ inæstimata est.

Quod si quis ex nobis quærat, an h. l. de utraque specie dotis intelligenda sit: an de altera tantum, & de utra harum duarum? Respondebimus cum Ant. Contio, & Constant. Harmenopulo, tantum de dote inæstimata hanc legem loqui. De aestimata enim non potest esse verum, quod in regula nostra dicitur: quia in hac specie maritus, tanquam emptor, etiam periculum rei dotalis præstat, ut supra dixi, ex l. unic. §. 9. in fin. d. rei uxor. act. Inæstimatæ verò dotis periculum ad maritum non pertinet.

Sequitur jam, ut nonnihil etiam de illa specie Dotis dicamus, quæ appellatur ab Interpretibus *Dos Congrua*. De hac videantur DD. ad *Auth. Re. qua C. Comm. de legat.* Vbi hanc appellationem sumpserunt in illis verbis textus, [*pro modo honestati personæ congruo*] Videri etiam potest Parisius Cardinalis in *consil.* 63. n. 50. & 5. seqq. & *consil.* 81. n. 49. vol. 2. *consil.* 26. n. 88. & seq. vol. 3. Quibus in locis docet, ad hoc ut dos possit dici *Congrua*, & *Competens*, hæc potiss. quatuor considerari. 1. qualitatem & dignitatem personæ dotantis. 2. personæ dotata. 3. facultatem seu vires patrimonii. 4. consuetudinem regionis in similibus personis vigentem. Quæ si negligentur vel omnia, vel aliqua; dos erit excessiva.

Nunc post divisiones, aliasque *æstimationes* non inutiles, videamus ipsam regulam, quid, inquam, & cur, maritus in dote præstare debeat. *Dotis* igitur *data* (qui est contractus re initus, perinde ut mutuidatio, vel arrharum, & cæteri similes) recipit *dolum* & *culpam*; non etiam *diligentiam*; multoq; minus *periculum sive casum fortuitum*: sive (ut aliis verbis eandem rem paulò uberius explicem).

Mari-

Maritus in re dotali sibi data prestare debet uxori & alius, qui dotem sibi reddi stipulati vel pacti sunt, dolum, latam culpam, & levem culpam: non etiam levissimam: non casum fortuitum. Probatur hæc regula non tantum per hanc legem nostram, sed aliis quoque multis in locis juris, ut in l. i. c. a. §. nunc videndum. v. sed ubi utriusq. & l. 18. in rebus. in princ. ff. commod. & in l. 17. in rebus. ff. d. jur. dot. l. 18. §. licet: & l. 24. si constante. §. si maritus, cum l. seq. §. maritum. l. Marito, in princ. & §. 1. l. penult. & l. fin. digest. solut. matrim. Dixi: In re sibi data. Nam si tantum promissa si-ve ut veteres loquebantur, dicta, nec data, si-ve re ipsa illata sit; non videtur maritus eadem illa prestare debere: nisi forte per ipsum steterit, quod minus dos promissa ipsi daretur; si, inquam dolo vel culpa sua eam non receperit, ut annotat Delrio: cui assentior: ea motus ratione, quia sicut qui dolo desit possidere, pro eo habetur, ac si adhuc possideret (Dolus enim pro possessione est, l. 22. quod si dolo. l. 25. is qui. l. 27. si autem. §. 1. l. 36. qui petitorio, cum similib. digest. d. rei vindic.) Ita etiam qui dolo impedit atque obstitit, quod minus inciperet possidere, similiter tenetur, ac si possideret. Ratio regulæ est, quia in hoc contractu versatur utriusq; conjugum utilitas, tam uxoris, quam mariti. Uxoris quidem: ut tanto facilius inveniat honestam conditionem, & maritum, cui nubat: cum nemo facile reperitur, qui velit ducere indotatam. Tamen si Megadorus apud Plautum in Aulul. act. 3. scen. 5. putet, melius cum rebus humanis actum iri, si indotata nubant sceminae; addita hac ratione, quia quæ indotata est, in potestate sit viri; dotata autem malo & damno macent viros. Sed hoc apud Ictos & in vita communi est *ἡ ἀδελφὴ*: ubi longe est præstabilius, sceminas esse dotatas; non solum ut viros reperiant: sed etiam ut unâ cum liberis ab iisdem alantur, ad quod marito serviunt fructus dotis, ut supra dixi: adeoque maritus dicitur decipi, si forte, cum dos ipsi esset promissa, cogatur indotatam habere uxorem. l. 9. si donaturus. §. 1. ff. d. condit. causa dat. Atque hinc non solum sceminae interesse, & maximè quidem, ut habeat de dote actionem, scribit Cajus in l. 69. servo legato. §. si testator. 2. ff. d. legat. 2. Verum etiam reipub. interesse, ait Paulus, mulieres dotes suas salvas habere. l. 2. ff. de jur. dot. & Pomponius in l. 1. ff. solut. matrim. publice interesse, dotes mulieribus conservari: & maximè necessarium esse, ut dotata sint sceminae, ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem. Mariti verò utilitas in dote versatur; ut tanto leviora ipsi fiant onera matrimonii, dum fructus ex dote percipit. Atque ex his facile est jam respondere ad rationem dubitandi sumptam ex l. 17. in rebus. in princ. ff. d. jur. dot. dum Paulus ait. Maritum causâ sua dotem accipere: ex quo dicendum videbatur, ipsum non modò dolum & latam ac levem culpam, sed in super etiam levissimam prestare oportere; perinde ut in commodato. leg. 5. §. nunc videndum. v. commodatum. ff. commodati. & l. 18. in rebus. in princ. digest. eod. tit. Sed dicendum est. non loqui Ictum exclusivè: quasi scilicet maritus tantum sua causâ, & ad suam solius utilitatem, accipiat dotem: Ideoque quod ibi omittitur, nempe & sua & uxoris causâ simul dotem eum accipere; id aliis ex locis sup- plendum.

Examinemus eadem operâ etiam alia, quæ regulæ nostræ ADVERSARI videntur, deinde & exceptiones subjungamus. In primis obicitur ex eadē l. 17. In rebus. ff. d. jur.

dot. quod dicitur ibi, maritum etiam diligentiam in rebus dotalibus præstare debere. Si igitur etiam diligentiam præstat; certè de levissima quoque culpa tenetur. Nam diligentia in talibus locis, quando subjicitur post culpam, solet usurpari pro ea diligentia quæ est exactissima, & cui opponitur culpa levissima; ut rectè hîc monet Anton. Contius; & dixi *suprà*, dum explicarem *d. gradib. sive speciebus culpa.* Petrus Faber lectionem ibi mutat, & pro *Etiam*, reponit *Eam*: qua mutatione licet admissa, tamen non video, quo pacto satisfaciatur objectioni. Alii retinent *Etiam*; & respondent, interdum ex accidente hoc fieri, ut maritus in re dotali de levissimâ quoque culpâ teneatur; nempe si in suis ac propriis rebus diligentissimus esse solet: quia scilicet vix effugere possit suspicionem doli & fraudis, vel certè latam culpam, si non æqualem, sed minorem adhibeat diligentiam in rebus dotalibus quàm in propriis: *argum. l. quod Nerva. 32. ff. depositi.* Ita ferè respondet Deltio hîc. Sed Eguinarius Baro, quem & Ant. Contius hîc refert, putat hoc in mariti persona non esse ascribendum dolo aut latæ culpæ: sed tantum levi: si in suis quidem rebus sit diligentissimus, in dotalibus autem non æquè. Idemq; hoc putat potius ascribendum esse latæ culpæ in marito, si negligentissimus cum esset in rebus propriis, tamen adhuc sit negligentior in rebus dotalibus. Quicquid sit: illud extra controversiam est; uxorem à marito eam deum diligentiam in rebus dotalibus exigere posse, quam ipse rebus suis exhibet: ut est expressum in *l. si constante. 24. §. 5. si maritus. ff. soluto matrimon.*

Alia objectio sumi potest ex *l. 18. §. 1. ff. solut. matr.* Nemo in rebus suis præstat culpam: quia unicuique licet in re sua esse negligentem. *l. In re mandata. 21. C. mandata.* Atqui res dotationales propriæ sunt mariti: quia videlicet & rei vindicationem sive actionem de proprietate earum nomine exercet. *l. 9. Doce C. de rei vindic.* & rectè manumittit servos dotationales. *l. 3. & ibi gloss. C. d. jur. dot.* & habet actionem furti de surreptis rebus dotalibus. *l. 11. de his Cod. d. t.* Quæ omnia non nisi dominis competunt. Ergo maritus de nullâ culpâ, sed tantum de dolo tenetur. Respon. 1. Dominium rerum dotalium non per omnia esse mariti; ut latè demonstrat Giphanius noster, *ad l. 30. In rebus. C. de jur. dot.* 2. Res dotationales non verè, nec naturaliter esse mariti, sed tantum civiliter, sive fictione juris, *d. l. In rebus. Cod. d. jur. dot.* nec in perpetuum, sed ad tempus duntaxat: nempe quàm diu constat matrimonium. Ideoque non est mirum, si marito non tantum liceat in illis rebus, quantum in propriis. Quod ex eo quoque perspicuum est, quia maritus non ut proprias res alienare potest, ita etiam dotationales. Obstat enim huic alienationi Lex Julia de Fundo Dotali. Etiam si igitur vir in rebus propriis sit negligens, neque hujus negligentia rationem cuiquam reddere compellatur: tamen in rebus dotalibus negligentia mariti non debet nocere uxori; proindeque de ea tenebitur.

Sequuntur aliquot à regula EXCEPTIONES: Quarum prima hæc est: Maritum teneri tantum de dolo, si mulier moram commiserit in dote recipienda. *l. si mora. ff. sol. matr.* Cujus ratio est: quia mora cuilibet sua debet esse nociva: ut est in *c. mora. Ext. d. Reg. iur. in sexto.* Secunda est: Maritum tantum de dolo; si queratur in actione de dote, de eo, quantum facere possit. Nam hic quoque, si dolo ipsius fa-

ctum

etiam quò minus esset solvendo, tenetur in solidum. Si verò culpâ; non tenetur in solidum. *l. 18. §. licet. ff. soluto matr.* Tertia est: Maritum teneri etiam de levissima culpa, & de casu fortuito, si ipse moram fecerit in dote reddenda. Ita Antonius Delrio *hic*, *arg. l. 5. si cert. petat. & arg. l. 23. si ex legati. ff. de verbor. oblig.* Ratio eadem est, quæ in prima exceptione reddita fuit. Quarta; Maritum quoque de levissima culpa teneri; si ipse in rebus suis sit diligentissimus: Quæ de re jam suprà inter objectiones dictum est, id contingere ex accidenti potius, quàm ex natura hujus contractus. Quinta: Maritum præstare etiam casum: sive, ad ipsum pertinere interitum & periculum rei dotalis; quando res est ejusmodi, quæ constet pondere, numero, & mensura. *l. 42. Res in dotem. ff. de jur. dot.* Vbi etiam rationem reddit Cajus: quia in hoc dantur res, ut maritus ad arbitrium suum eas distrahat; & ut quandoque soluto matrimonio alias ejusdem generis & qualitatis restituat; non verò eadem: Quasi dicat: Harum rerum datione in creditum itur, & quasi mutuum contrahitur. Iam verò in mutuo ita jus est, ut periculo accipientis sit res, eique pereat. *l. 11. Incendium. C. si certum petat.* Est enim talium rerum hæc natura, ut illis uti non possimus, quin simul abutamur, & consumamus eas: secus, quàm sunt illæ res comparatæ, in quibus consistit commodatum: quarum potest esse usus, salva ipsarum substantia. Sexta: Casum fortuitum etiam præstandum esse, si dos æstimata fuerit data: Quod quare ita fiat; suprà exposuimus *in divisionibus dotis*. Septima exceptio est: Nisi pacto aliquid fuerit immutatum de communi natura hujus contractus, v. g. ut etiam culpa levissima à marito præstaretur: vel ut casus fortuitus & periculum omne rei dotalis ad maritum spectaret, etiam in dote inæstimata. Hoc enim generale in quolibet contractu, ut natura ejus possit pactis conventis alterari, atque effici, ut plus minusvè præstetur, quàm fert natura communis & consuetudo illius contractus: dummodo ne sit pactum contra substantiam illius, vel contra bonos mores: quale est v. g. si maritus pacto promittat, se in solidum teneri velle in restituenda dote. Hujusmodi pactum, quo maritus renuntiat exceptioni, in quantum facere potest: (quam vulgò vocant *exceptionem competentie*) est improbandum. *l. 14. Alia causa. §. 1. ff. soluto matrim.* Vbi dicitur hoc pactum ideo esse reprobatum; quia contrarium sit receptæ reverentia, quæ maritis exhibenda est. Quæ ratio etiam redditur à Justiniano, *in l. unic. §. 7. cum autem. C. de rei ux. act.* His adjungenda sunt & alia quædam pacta legibus improbata, *et l. 5. & l. 6. ff. de pact. dotalib.* Vbi reprobatum i. tale pactum, ne ob res donatas vel amotas agatur. Et ratio additur: quia altero pacto mulieres invitantur ad furandum. (Omne autem pactum, quod incitat ad delinquendum, est injustum) alterum verò pertinet ad impugnandum jus civile; quo scil. prohibentur donationes inter conjuges: item *in d. l. 6.* inutile pronunciatum pactum, ut maritus tantum de dolo teneatur. Illud autem pactum valere dicitur, ut dos sit periculo mulieris, quæ alias esset periculo mariti, & contra.

Sequitur ut pauca etiam dicamus de ACTIONIBUS Dotis nomine competentibus. Monui autem suprà, diligenter distinguendum esse inter actionem illam, qua peritur dos, & qua repetitur. Inter quas duas actiones etiam Paulus distinguit, *in l. sicut 21. ff. de re judic.* Illa datur marito: hæc uxori; vel quisquis eam

sibi reddi stipulatus vel pactus est, sive expressè, sive tacitè: quanquam in extraneo dotem dante opus est expressà stipulatione: in dotante patre & muliere, pro qua dos datur ab extraneo, sufficit tacita stipulatio. *l. un. §. pen. C. de rei uxor. act.* Illa datur tam soluto matrimonio, quàm eo constante; ista regulariter tantùm soluto matrimonio, non etiam constante; nisi eo casu, quo maritus labitur facultatibus, & ad inopiam vergit. *l. 24. si constante. in pr. ff. solut. matr. Gail. lib. 2. obs. 82.* Hoc autem loco potissimùm quærendum est de illa actione, qua dos repetitur. Olim ad dotem repetendam dabatur actio, quæ *Rei uxoriæ* dicebatur: cujus etiam Cicero *libr. 3. de offic.* & Suidas in *lexico litera P.* mentionem facit. Sed hanc actionem sustulit Iustinianus, & pro ea substituit *Actionem ex stipulatu. l. unic. C. de rei uxor. act.* Rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa. *§. fuerat. Inst. de Action.* Ratio: quia hoc satis humanum; satis piùm, & satis utile matrimonii visum esse ait ipse Imperator in *fin. d. l. unic.* Hodie igitur datur pro dote repetenda Actio ex stipulatu. Cum autem aliàs neque ulla stipulatio in toto jure tacita reperitur: quia non potest confici stipulatio, nisi utroque loquente. *l. 1. in pr. ff. de verb. oblig.* & hinc requirantur verba expressa utrinque, tam ex parte interrogantis, quàm ex parte respondentis; unde & *verborum obligatio* dicitur. (Nemo autem tacens loquitur; nisi fortè muti signisque, ut ait Poëta: sed hoc fit improprie. Deinde cùm omnis ex stipulatu actio sit alioquin stricti juris. *l. 99. quicquid astringenda ff. de verb. oblig.* Duo hæc singularia jura introduxit Iustinianus favore dotium. 1. Ut hoc solo casu tacitè stipulatio intervenisse intelligatur: sicut etiam hypotheca tacita hinc mulieri competit. 2. Ut actio ex stipulatu de dote haberet naturam judiciorum bonæ fidei. *d. §. fuerat. & d. l. un. C. de rei ux. act.* Nam cum rei uxoriæ actio fuerit bonæ fidei (sicut etiam Cic. testatur, *d. lib. 3. de off. in arbitrio rei uxoriæ* hæc verba maxime excelluisse [*melius & equius*], ad quam formulam etiam in jure nostro alluditur: ut in *l. penult. §. fin. ff. solut. maturim.* & in *l. 82. si cum Cornelius. in fin. ff. de solut.*) meritò etiam ea actio, quæ ipsi surrogata fuit, eandem naturam induere debuit. Nam ut vulgò dicitur: Surrogatum sapere debet naturam ejus, cui surrogatur. Iason & Zasius ad *d. §. fuerat. Inst. de Actionib.*

Videndum autem in primis, cui hæc actio ex stipulatu pro dote repetenda detur, & contra quem detur. Datur ergo in primis mulieri, si illa superstes sit viro, vel si matrimonium alio modo, quàm morte, fuerit solutum. Qui alii modi explicantur in *l. 8. consensu. C. de repud.* Observanda autem hinc est differentia inter Dotem Profectitiam & Adventitiam. De illa namque agit pater cum consensu, sive ex voluntate filiarum; ut est in *l. 2. ff. sol. matr.* De hac agit ipsa mulier, nisi fortè pater de dote pactus sit aliud quidpiam. *l. 7. cum dos. ff. de pact. dotal.* Aliquando igitur & patri, sive socero competit dotis repetitio; etiam si non fuerit stipulatus eam sibi reddi; ut est in *dict. l. un. §. penult. Cod. de rei uxor. action.* Sed quæret aliquis: Quid fiet de dote profectitia; si mulier in matrimonio defuncta superstites relinquat liberos? An tunc quoque dos illa profectitia revertetur ad patrem; an vero potius manebit penes maritum? Quæstio hæc nobilissima & antiquissima utpote de qua jam olim dissensio fuerit inter Martinum & Bulgarum; quod didicimus ex *Azone in summa. Cod. ad tit. sol. matr.* & ex *Dd. ad l. 4. C. cod. tit.* & ex antiquo glos-

fatore Pileo in *qq. aureu. q. 89.* Sed prævaluit sententia Martini contra Bulgarum; nempe eo casu potius esse causam mariti, sive generi, quam soceri, à quo dos est profecta; & maritum huic esse præferendum in dote retinenda; ut latè examinat & discutit Antonius Tellaureus in *eruditissimis decisionib. suis decis. 119. per rotam.* Præterea datur actio ad repetendam dotem heredibus mulieris, si ipsa viro præmorta fuerit in matrimonio, neque supersit pater, qui dotem profectitiam ad se retrahat. *d. l. unic. §. illo procul dubio. Cod. de rei uxor. act.* ubi etiam additur exceptio, nisi maritus pactum fecerit de dote lucranda: qualia pacta solent frequentissima, & penè quotidiana fieri in instrumentis dotalibus tam in casum existentium, quam non existentium liberorum, tametsi in priorem sæpè. Est & altera exceptio, nisi mulier ob adulterium à se commissum dotem perdidit. Nam & hoc casu maritus illam lucrabitur, si non extent liberi. *l. 8. consensu. §. 4. hæc nisi. & §. seq. Cod. de Repud. l. 11. miles. §. 3. ff. ad l. iul. de Adult. l. 24. si dotem. Cod. de iure dor.* quod etiam aliquot Novellis repetitur, ut *Novell. 22. & Nov. 118.* Ratio est, ut maritus habeat aliquod solatium violatæ ab uxore fidei conjugalis & doloris ob eam sui, qui solet esse acerbissimus. *l. 38. si adulterium. §. Imperator Marcus. 8. ff. ad l. iul. de adult.* Non enim soli Atridæ uxores suas amant, ut ex Homero proverbialiter dixit Sext. Cecilius, ex eoque repetit Vlpianus in *lib. 13. si uxor. §. 1. ff. d. l.* His & tertia addenda est exceptio, nisi consuetudo vel statutum in aliquo loco vigeat, de dote à marito lucranda, si uxor in matrimonio decesserit. Sed hic observandum, quod tale statutum recipiat interpretationem ex Iure communi, ne quid scilicet fiat contra constitutionem *l. hac edictali. C. de secund. nupt. Gravetta de antiquitate temporum, parte 4. §. videamus modo. num. 49.*

Datur autem actio de repetenda dote vel adversus maritum cui data & illata est dos, vel adversus heredes mariti. Dixi, *Cui data & illata est dos*: Nam si tantum promissa, non autem numerata sit, non potest repeti vel reddi, quod non est datum, quo pertinet *titulus Codicis de dote caut. non numerata.* Nam sicut is qui spe futuræ numerationis, nec tamen secutæ, dedit chirographum, habet exceptionem non numeratæ pecuniæ. *l. 1. Cod. de non numerata pecunia, & tit. Inst. de literarum obligat.* Ita etiam is, cui promissa sive cautæ, non tamen numerata est dos, similiter habet exceptionem dotis non numeratæ, *d. l. 1. Cod. de Dote cautæ non num. & Nov. 100. de tempore non solutæ pecun. super dote.* Sed inter maritum ipsum, qui de dote actione convenitur, & inter heredes ejus extraneos, non parùm interest. Nam maritus ipse non condemnatur in solidum, (idem & in socero juris est) sed in id tantum quatenus facere potest, deducto ne egeat, sive ut salva habeat alimenta: adeoque (quod mirum est) ne quidem tunc in solidum obligatur, vel condemnatur, si pacto convenerit, ut in solidum condemnaretur: sive, etiam si beneficio suo renunciaverit. *l. 14. §. 1. ff. soluto matrimon.* Et si enim unusquisque suo juri renunciare potest: ex quo dicendum videbatur etiam tale pactum valere: tamen quia contra bonos mores est, nempe contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est ab uxoribus, & ab his qui causam ab illis habent: ideo reprobatur hoc pactum, tanquam contra jus publicum factum; cui privatorum pactioibus derogari

gati non potest. d. l. 4. §. 1. ff. solut. matr. & l. unica. §. 7. C. de rei uxor. actione. l. 38. Ius publicum. ff. de pactis. cum similibus. Heredi verò mariti hoc beneficium non est præstandum. l. 12. maritum. l. 13. quia tale. & l. seq. §. 1. cum l. 15. rei iudicata. ff. soluto matrim. l. 8. nec maritus. Cod. eod. tit. l. 20. Non tantum dotis. & l. seq. sicut autem. ff. de re iudicata. dict. l. unica. §. cum autem in exactione. Cod. de rei uxor. actione. Sed quod dixi; Idem juris esse in socero, id est, in patre conjugis mariti, quod in marito ipso: id verum est tantum cum de dote repetenda agitur: non etiam cum de petenda. Nam tunc in solidum condemnatur: soluto videlicet non etiam constante matrimonio, ut est in d. l. 21. & l. seq. ff. de re iudicata, & in l. 15. rei iudicata. §. ult. ff. soluto matrim. Ratio diversitatis inter maritum & heredem ejus extraneum: cur, inquam, ille gaudeat hoc beneficio, ut non ultra facultates condemnatur, sed quatenus facere potest, teneatur: heredi verò idem denegatur: ratio hæc est, quia marito debetur honor & reverentia maritalis: quæ est causa illius beneficii, sicut etiam in persona soceri, ut ex dd. ll. apparet. Extraneo autem heredi non debetur talis honor vel reverentia. Quare cessante ratione beneficii, merito ipsum quoque Ius & beneficium cessare debet. Dixi de herede extraneo, eum in solidum condemnari, denegato hoc beneficio, quod vocant *competentia*, ut scilicet non ultra facultates condemnatur. Nam aliud dicendum est de filiis mariti heredibus. Hi namque eodem beneficio cum patre suo gaudent. l. 18. Etiam filios. in pr. ff. soluto matrim.

Atque hæc in præsentia sufficiant de Actione ex stipulatu pro dote repetenda: in quam venit non tantum ipsius dotis restitutio, vel interdum pretii, in dote scil. æstimata: sed etiam fructuum soluto matrimonio perceptorum: secundum distinctionem Papiniani in l. 7. divortio. §. Papinianus. ff. soluto matrim. Item quidquid dolo vel culpa lata aut levi mariti admissum est circa rem dotalem, secundum ea quæ superius tradita sunt in expositione regulæ: item quidquid comprehensum est pactis licitis, & utilibus circa dotem. r. r. ff. de pactis dotalibus. & r. r. Cod. de pactis conventis, tam super dote, & c. Vbi obiter observandum, pacta dotalia, quatenus agunt de successione futura, tum demum valere & irrevocabilia esse, si posterius non fuerint mutata. Possunt enim mutari instar cujuslibet ultimæ voluntatis, quæ est ambulatoria, ut probat Matth. Wesenbecius in paratit. & Ioh. Eichardus consilio 71. num. 2. volum. 2. Item Ioh. Sichardus ad l. pactum dotal. num. 6. C. de collationibus.

Postremo loco hujus capituli, more nostro videamus pauca de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS, sive de AFFINIBUS REMEDIIS. Igitur primò concurrat cum actione ex stipulatu etiam *Rei vindicatio*. Hæc enim datur domino: ut est in l. 22. in pr. ff. de rei vind. Atqui dos semper remansit in dominio uxoris naturaliter, l. 30. in rebus. C. de jur. dori. In qua lege notandum est, rei vindicationem appellari in rem actionem, videlicet *κατ' ἐξουχίαν*, ut etiam alibi, maxime in dict. l. 22. in princ. de rei vindic. eademque etiam *specialis in rem actio* appellatur in l. 1. §. 1. ff. eod. tit. Sunt enim plures in rem actiones: ut Publiciana: ut Confessoria & Negatoria: ut Serviana & quasi Serviana seu Hypothecaria: ut Pauliana; & similes: de quibus explicatur in Instit. tit. de act. §. 1. & aliquor seqq. Secunda concurrentis actio est

Hypo-

Hypothecaria. d. l. in reb. Cod. de jur. doti. l. ult. C. qui pot. in pign. habeantur. Nam cum uxor habeat tacitam hypothecam, pro dotis conservatione, à jure ipso sibi constitutam ut in omnibus mariti bonis: potest per hanc actionem eam hypothecam persequi adversus quosvis illorum bonorum possessores. Nec tantum dotis nomine habet mulier tacitam hypothecam, sed etiam pro paraphernis suis, sive pro rebus extra dotem ad maritum allatis. *l. ult. C. de pactis dotalibus.* de quibus supra *hoc cod. cap. dixi.* Imò etiam pro donatione propter nuptias eam habet: ut probat *Mynsinger centuria 5. observat. 4. num. ult.* Hoc tamen interest, quod in dote mulier habet Ius seu privilegium praelationis, hoc est, ut præferatur omnibus etiam anterioribus, mariti sui creditoribus. *d. l. ult. §. 1. in verbis potiora jura contra omnes, &c. C. qui potiores in pign. habeantur.* Sed in paraphernis & donatione propter nuptias, idem privilegium uxor non habet; sed jure communi solum gaudet, observata regulâ, quæ vult, ut prior tempore, potior sit jure. *d. l. ult. §. 2. hæc autem tantum. Cod. qui pot. in pign. Mynsing. d. centur. 5. observ. 4.* Ratio differentię est, quæ in *d. l. ult.* subobscurè indicatur; quia in dotis repetitione, mulier certat de damno vitando, id est, ne incidat in periculum amittendæ dotis, atque ita re sua defraudetur: sed in petendâ donatione propter nuptias sollicita est, de lucro captando. Semper autem qui certat de damno vitando, ei qui de lucro captando præferendus est. Sed hîc oritur vetus illa controversia, an uxor etiam anterioribus mariti creditoribus, qui expressam hypothecam habent, præferatur? Quam controversiam Accursius quoque attingit *d. l. ult. C. qui potiores in pign.* ubi diversas opiniones refert. Sed secundum opinionem Martini, nempe quod mulier creditoribus mariti omnibus, quamvis expressam hypothecam antiquiorem habentibus, præferatur; contra Bulgarum, qui contrarium volebat, judicatum esse in Camerâ testatur *Mynsinger cent. 4. obs. 13.* Videatur etiam *Andr. Geilius libr. 4. observ. 25. num. 10. & obs. 81. num. 1.* Vtriusque opinionis sectatores recenset *Emanuel Zoarez in thesauro receptarum sententiarum, lit. D. num. 303. cum duobus seqq.* Tertio, concurrit cum actione ex stipulatu etiam Ius retentionis: hoc est, potest uxor, donec dos integra sibi restituatur, ab heredibus mariti, retinere bona defuncti mariti, eisque incumbere: ut probat *Mynsing. cent. 6. obs. 45. & obs. 72.* Quarto, aliquando etiam datur *Actio ex vendito*, ad pretium rei dotalis reddendum: si nimirum dos æstimata fuerit data: & quidem ad hoc, ut non res ipsa, sed pretium ejus redderetur. Ratio est, quia æstimatio instar venditionis obtinet, ut supra dixi in *divisionibus dotis.* Quinto, concurrit etiam *Imploratio officij judicis, ad cautionem præstandam*: ut maritus, de quo periculum est, ne facultatibus labatur, caveat uxori de dote ipsi conservanda: *arg. l. in omnibus. 41. ff. de judiciis.* Ioh. Oldendorpius *class. 4. act. 26. sub tit. affinia remedia*: apud quem plura videri possunt.

Ad extremum, quia varia sunt dotis privilegia, & multi favores in jure ipsis concessi, de his remitto auditores ad *Commentarios DD. ad l. 1. ff. de soluto matrim.*

& ad Ioh. Petrum de Ferrariis, qui vulgò *præcticus Papiensis* dicitur, in *forma libelli, quo agit uxor ad restitutionem dotis gloss. 1. ubi Quindécim enumerat privilegia dotis.*

T

CAP.

CAPVT VNDECIMVM.
DE TUTELIS.

Abuius hucusque plurima exempla; verorum contractuum: Deinceps sequuntur tria exempla Impropriorum seu Quasi Contractuum: nempe Tutela: Negotia gesta: & Communio rerum: cum qua similitudinis causâ conjungitur contractus Societatis. Iam verò suprâ monui, in hac lege nomen Contractus in principio positum latè sumi, ut etiam quasi contractus complectatur: quod alibi quoque fit, ut l. 49. ex contractibus. ff. de obligat. & act. ubi Paulus similiter contractibus subijcit Tutelam. Esse autem illos quos dixi, non proprios, sed quasi vel improprios contractus; notum est etiam ex Inst. tit. de oblig. quæ ex q. contr. & ex l. 5. ff. de obl. & act. Et Tutela quidem idè non potest verus esse contractus; quia nullum negotium contrahitur inter tutorem & pupillum, ut inquit Imperator d. loco, in pr. ex Cajo d. l. 5. §. 1. ff. de oblig. & act. quasi dicat: Omnis verus & proprius contractus, requirit consensum inter contrahentes l. in omnibus. ff. de oblig. & act. Atqui in tutore & pupillo deest consensus. Ergo inter ipsos non est verus & proprius contractus. Major probatur, quia quoad tutorem, is velit nolit, cogitur esse tutor: adeoq; remediis prætoriiis, ut sunt mulctæ dictio, pignoris capio, & carcer) potest compelli: nisi justam & legitimam habeat excusationem. Est enim tutela munus publicum & necessarium. Deinde etiam quoad pupillum: quia is non eligit tutorem, neq; in eum consentit, sed incidit in ipsum, & ignorat omnia: ut ait l. ult. ff. rem pupilli salvam fore: nec velle nec nolle creditur in ea ætate: ut est in l. pupillus. infrâ h. r. Indè etiam invito datur Tutor: l. 6. ff. de tut. & curat. dat. Observandum est autem, cum Tutelam dicimus esse contractum, vel quasi contractum, tunc nos intelligere administrationem sive gestionem tutelæ: non ipsam tutelam: quia hæc non est contractus; sed vis & potestas, sive jus personæ, ut & Cujacius admonuit in paratit. C. de testamentaria tutela.

Tutela, (ut de NOMINE primùm dicam) à tuendo dicta, idem valet quod defensio sive conservatio: quomodo tutela ædificiorum usurpatur in l. 7. §. ult. ff. sol. mar. qua videlicet facta tecta ædificia præstantur & conservantur. Sic alibi usurpatur tutela viarum. Sic tutela navis dicitur in signe ipsius. Sic Horatius epist. lib. 1. Mœcenatem vocat tutelam rerum suarum: & Augustum vocat tutelam præsentem Italia, dominæq; Romæ. lib. 4. carm. oda. 15. & idem eod. lib. oda 6. tutelam vocat etiam ipsam rem, quæ defenditur. Hinc apud Macrobius, & alios, Dii tutelares vocantur, qui sc. conservant domum, urbem, imperium. Sic tutelam corporis dixit Florentinus in l. 3. vt vim. ff. de just. & jur. quam vulgò DD. inculpatam tutelam vocant significare volentes, defensionem sui ipsius legitimam, justam, & necessariam adversus vim iniustam: de qua copiosè Cicero in orat. pro Milone: & Interpretes nostri ad d. l. ut vim. Alio vocabulo dicitur tuitio, ut apud Cicer. in Topic. Natura partes habet duas; tuitionem sui, & ulciscendi jus. Sic & Vlpianus in l. 1. digest. Quod falso tutore auctore, scribit, per tuitionem Prætoris valere, quod ipso jure non valebat. Hinc & tutores q. tuitores atque defensores ex re ipsa nomen acceperunt. l. 1. §. 1. ff. de Tutelis

lis. §. *Inst. eod. tit.* Præcipuum enim ipsorum officium est; pupillum non relinquere indefensum: unde & *defensores* absolutè pro tutoribus positi reperiuntur. l. 2. in fin. C. *Quando mulier tutela officio fungi possit.*

Vique adedò autem substantiale hoc est tutelæ defendere pupillum; ut & in DEFINITIONEM ejus ingrediatur. (Sic enim Servius definit tutelam, & probat Paulus in d. l. i. ff. de tutelis. & Iustinianus §. 1. l. eod. t. Quod sit vis & potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa) & ut ob recusatam vel omnillam defensionem pupilli possit tutor tanquam suspectus removeri. l. ult. C. de administr. tutor. & t. r. *Inst.* ff. & C. de suspect. tutorib. Alienum portò huic loco & nimis longum foret explicationem definitionis tutelæ hîc tradere: vel species tutelæ omnes persequi: quæ ex Institut. earumque Interpretibus reperti possunt. Videatur etiam hîc Marc. Ant. Delrio.

Cujacius in *Paratitlis Codicis*; tutelam facit duplicem: *Legitimam*, & *Dativam*; & hanc dativam subdividit in *Testamentariam* & *Atilianam*: quia sc. etiam testamento datitutores dicuntur *dativi*, apud Vlpianum in *frag. tit. de tutelis*. Idedò autem Dativa tutela opponitur Legitimæ: quia legitimos tutores nemo dat; sed Lex XII. tabb. fecit tutores: teste Vlpiano in l. 5. in princ. ff. de legitimis tutorib. Sed usitata divisio tutelæ est trimembris, in *Testamentariam*, *Legitimam*, & in *Dativam*. Legitima deinde suas habet subdivisiones, ut explicat Delrio.

Illud quoque supervacaneum est adinonere, quæ sit inter Tutelam & Patriam Potestatem differentia: nec non inter administrationem Tutelarem, & Patriam. V. g. Primo: Tutela habet originem ex L. XII. tabb. l. 120. *Verbis. ff. de verb. signif. & Cornificius in Rhetoricis ad Herennium.* Sed Patria potestas introducta est moribus; sicut & pupillaris substitutio; aliaque ex patria potestate dependentia. Secundò: Tutela est ad utilitatem pupilli, non tutoris; ut in ipsa definitione tutelæ comprehensum est, & §. pen. *impuberes, in verbo ad tuendum, Instit. de Atiliano tutore*, quod & Cicero admonuit in *Officijs*. Sed patria potestas est potissimum bono parentis recepta. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Tertiò: Tutela est in pupillos, id est, eos, qui cum sint impuberes desierunt esse in potestate patris, sive in eos, qui sunt patres familiarum & sui juris. l. 239. *pupillus. in pr. ff. de verb. signif.* Patria verò potestas est in filios familiarum. t. r. *de patria potesta. & l. 3. cum l. seq. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Quartò: Tutela tantum est in impuberes, sive pupillos, & finitur pubertate: ut est *initio tit. quib. modis tutela finitur. l. 1. C. quando tutores esse desinant.* Patria potestas est non solum in puberes; verum etiam in eos, qui jam excederunt pubertatis annos: & Iure Civili durat etiam post pubertatem. *arg. tit. quib. modis jus patriæ potestatis solvitur*, ubi hic modus finiendæ patriæ potestatis non refertur. Quintò: Tutela non tribuit tutori ullum jus acquisitionis bonorum per pupillum: sed patria potestas tribuit jus acquirendi per filium familiars: ut patet ex *tit. Institut. per quas personas cuiq. acquiritur.* Sextò: Tutela injungit tutori necessitatem defendendi pupillum. Hoc enim præcipuum est officium tutoris, ut suprâ dictum ex l. ult. *Cod. de administ. tut.* Patria potestas nullam adfert necessitatem defendendi filium familiars: quia potius arbitrio patris defensionem

nem permittit. Septimò: Cum pupillo non potest agi iudicio. §. *ultim. Instit. de auctor. tutorum*: sed cum filiofamiliâs benè potest agi, non minus quàm cum patrefamiliâs. *l. 57. tam ex contractibus. supr. de iudiciis. & l. 39. filiusfam. supr. de oblig. & act.* Hic accedit octavo illa vel præcipua differentia: quòd patria potestas olim eò usque se extendebat, ut etiam Ius vitæ & necis complecteretur: *l. 11. in suis. in fin. ff. de liberis & posth. l. ult. C. de patria potestate*: quamvis postea restricta fuerit ad moderationem, & castigationem tantum: *arg. l. unica. Cod. de emendat. propinquorum: arg. l. 6. cum oportet. §. 1. in verbis, patria potestas in eos exercenda est. C. de bonis quæ liberis: cum similibus.* Sed tutoris potestas in pupillum nunquam tanta fuisse legitur.

Differt ergò primùm sic Tutela à patria potestate. Deinde est etiam notanda differentia multiplex inter Administrationem tutoriam bonorum pupillarium, & inter Administrationem paternam bonorum filii fam. adventitiorum, in quibus usumfruct. habet. Nam 1. Tutor ante omnia debet facere inventarium omnium bonorum pupilli; ut latius infra dicetur: sed pater non cogitur jure nostro inventarium conficere bonorum adventitiorum filii fam. Ratio differentiarum paulò post indicabitur. 2. Tutor cogitur plerumque satisfacere rem pupilli salvam fore: ut explicatur *tit. de satisfac. tutorum. & l. pen. Cod. de tutore qui satis non dedit.* Sed pater non oneratur satisfactione fidejussoria. 3. Tutor obnoxius est rationibus reddendis, etiam si fortè testator qui eum dedit, voluerit ipsum esse aneclogistum, id est, immunem à rationibus reddendis. *l. 5. §. 7. Iulianus. ff. de adm. & peric. tut.* Sed pater non cogitur ratio cinia inferre filiof. super administratione bonorum ipsius adventitiorum, *l. 6. Cum oportet. §. 1. C. de bon. quæ lib.* Ratio harum trium differentiarum est: quia legislator majorem habet fiduciam de patre, quàm de tutore, quod rectè administraturus sit bona, nec quicquam ex iis interverſurus. Qui enim talis affectus extraneus inveniatur ut vincat paternum? ut eleganter Iustinianus, & convenienter sacræ scripturæ, in *l. fin. in pr. C. de cura. furiosi.* Et pietas paterni nominis plerumq; consilium capit pro liberis; ut ait Papinianus in *l. 22. Nec in ea. §. fin. ff. ad l. Iul. de adulter.* 4. Tutoris potestas administrandi non est tam plena quàm patris: hic enim plenissimè habet potestatem utendi fruendi. *d. l. 6. §. 1. C. de bonis quæ liberis.* 5. Pupillus non potest contrahere de bonis suis, nisi cum auctoritate tutoris, *t. t. de auctor. tut.* Sed de bonis adventitiis potest tam filius quàm pater contrahere *t. t. C. de bon. quæ lib.*

Separanda quoq; est Tutela à Cura; quam vulgò *curatela* appellant. Et idcirco propter majorem cognationem, quæ est inter Tutelam & Curam, hîc non nihil etiam de cura attingendum est. Accedit, quòd curatores ad idem tenentur, idemq; præstare coguntur, ad quod tenentur Tutores, sive quod hi præstare coguntur. Quid quod Horatius etiam *tutelam* pro *curatione* posuit, ob hanc ipsam vicinitatem *lib. 2. ferm.* ubi ait:

Interdicto huic omne adimat jus

Prator: & ad sanos abeat tutela propinquos.

Deniq; ubi desinit Tutor; ibi incipit Curator: ubi Tutela desinit ibi initium capit Cura. Differentiarum ergò præcipuarum inter tutelam & curam istæ observari possunt. 1. Tute-

Tutela est tantum in pupillos sive impuberes. §. *Impuberes. de Auct. tut. & l. 3. in pr. ff. de tutel.* Vbi rotundè Vlpianus, Hoc Iure utimur, inquit, ut cesset cura, si tutelæ ætas indigeat. Cura quoque locum habet in Adolescentem seu Minorem: nec in hunc tantum, sed etiam in furiosum: in dementem seu mente captum: in prodigum: in perpetuo inorbo laborantem. §. *furiosi & §. seq. Inst. de cur. t. r. ff. de curatoribus furioso & alius extra minores dandis, & t. C. de furiosi curatore vel prodigi: intellige, furiosos, qui sint puberes.* Nam si adhuc sint impuberes, non erunt in cura, sed sub tutela. d. l. *in pr. ff. de tutel.* Imò interdum etiam pupillo datur curator, nempe ad litem, sive iudicium exercendum inter tutorem & pupillum. §. *ult. Inst. de auct. tut. l. 3. §. si pupillus. ff. de tutel. l. 1. & l. 2. C. de in litem dando curatore;* item aliis casibus, qui enumerantur in §. *ult. Inst. de curatoribus,* videatur & l. 13. *solet. ff. de tutel.* 2. Tutor datur etiam invitis, multoque magis ignorantibus l. 6. *ff. de tut. & cur. datis. d. l. 1. C. de in litem dando curatore, in verbus, acciperem.* Sed curatorem invitæ adolescentes non accipiunt, excepto tantum primo casu, videlicet si ad litem curatore sit opus. §. *Item inviti. Inst. de curatoribus.* 3. Tutor datur potissimum & primariò personæ, & ut morum pupilli curam gerat: bonis autem sive patrimonio, tantum per consequentiam sive secundariò: quatenus scil. sine bonis commodè vivi non potest. Neque enim vento vivitur, ut ait Imp. Alexander in l. 2. *Cod. de alimentis pupillo præstandis. l. 12. cum plures. §. tutor. ff. de administr. tutorum, & §. & certe Inst. qui testamento tutores dari possunt, & §. datur autem Inst. de excusat. tut. contra autem est in curatore.* Hic enim non personæ, sed substantiæ sive patrimonio, & rebus, principaliter datur: sæpè & uni tantum rei sive causæ: & solam rei familiaris sustinet administrationem: corpus verò sine persona adolescentis, & cæterorum quibus datus est, secundariò curare actueri debet. l. 20. *sciendum. ff. de ritu nupt. l. 8. in copulandis. C. de nupt. l. 7. consilio in pr. ff. de curatoribus furioso & c. l. 6. Muto. §. ult. ff. de tutel.* 4. Tutela habet originem ex Lege XII. Tabularum: ut suprà dixi: sed curatio partim descendit ex constitutionibus principum, ut videre est ex t. *de curatione furiosi.* 5. Tutela potest institui testamento: sed cura non item. l. 6. *curatorem. C. de negotiis gestis:* quamvis si datus sit curator testamento, confirmetur decreto prætoris vel præsidis, ut est in l. *pen. C. de testamentaria, tut. §. duntur vers. sed cur. ut. Inst. de curator.* 6. Tutela est triplex, Testamentaria, Legitima, & Dativa: sed Curatio hodiè tantum est unius modi, nempe Dativa. §. *furiosi. vers. sed solent. Inst. de curatoribus. l. 6. observ. ff. de curatoribus furioso & c.* quamvis olim legitima esset cura videlicet ex L. 12. *tabb. l. 1. & l. 13. sæpè. ff. de curatoribus furiosi.* 7. Tutorem habentia litem dari iura prohibent. l. 9. *si sororis C. qui dare tutores possunt. §. Interdum. Inst. de curatoribus.* Sed curatorem habenti alius curator adungi potest, sicut etiam tutorem habenti. l. 13. *solet ff. de tutel.* Ratio differentiæ est, quia tutor cum detur principaliter personæ, ut suprà dictum, ita eam totam occupavit, ut locum non reliquerit alteri: sed curator datus est bonis; quæ divisionem recipiunt, & plures admittunt ad sui administrationem. 8. Tutoris potestas in pupillum est major, quam curatoris in adolescentem. *arg. l. in copulandis. 8. C. de nupt.* 9. Tutoris est, auctoritatem præstare, sive ut uno verbo Papinianus appellat auctorari: curatoris v. est, consensum adhibere. t. r. *ff. de auct. cons. tut. & cur. & r. Inst.*

Inst. de auct. tut. & t. C. de auct. præs. Inter hæc autem plurimum interest. Nam consensus vel est expressus vel tacitus: sed Auctoritas non est nisi expressa; & quidem requirit verba: non minus quam stipulatio: unde fit quod à muto auctoritas præberi non potest. *l. 1. §. mutus. ff. de Tutel. l. 3. ff. de auct. & consensu tut. in verb. cum se probare dicit id quod agitur.* Hoc enim est auctorem fieri. Sed hoc interest inter stipulationem, & auctoritatem tutoris: quod in illa præcedit interrogatio, in hac verò, sc. auctoritate eam præcedere necesse non est. *d. l. 3.* Deinde Consensus potest etiam inter absentes per epistolam, per nuncium interponi: sed Auctoritas non nisi à præsentē tutore præstatur: sicut & stipulatio inter absentes fieri nequit. Est enim Auctoritas approbatio expressa tutoris, quæ interponitur perfecto eo, qui pupillus eo præsentē gessit, ut definit Cujac. *in t. C. t. de Aucto. præs.* ubi *perfecto negotio*, intellige, *dum perficitur*. Nam statim in ipso negotio tutor præsentē auctor fieri debet: post tempus verò vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit. *l. 9. oblig. §. 5. tut. ff. de auct. tutor. & §. tutor. a. Inst. eod. t.* Deniq; Auctoritas tutoris pertinet ad obligandam personam pupilli, deinde etiam ad alienationem rerum ipsius, *d. l. 9. obligari. ff. de Auct. tut.* Sed consensus curatoris tantum pertinet ad alienationem rerum minoris, non vero etiam ad personam ejus obligandam: quia puberes possunt etiam sine curatoribus suis obligari. *l. 101. puberes. ff. de verb. obl.* quamvis alienare bona sua nequeant sine illis. *l. 3. C. de integr. rest. min.* Sed pupillus sine tutoris auctoritate, neq; se obligare, neque bona sua alienare potest. 10. Tutor magis ad solennia & civilia expedienda necessarius est, quam Curator; qui ad ea non sufficit, *l. 19. curatorem. ff. de auct. tut. v. g.* Ad hereditatis aditionem requiritur tutor, non curator; *l. 17. cum in una. §. 1. ff. de Appellat.* 11. Tutela magis est necessaria pupillis, quam cura minoribus: quod non ex eo solum perspicitur, quia pupilli inviti accipiunt tutorem: adolescentes curatorem non nisi volentes: verum etiam ex eo, quia si mater negligat tutorem petere liberis suis impuberibus, punitur privatione successione eorum *§. sed quemadmodum. Inst. d. S. C. Tert.* sed si non petat Curatores liberis suis puberibus, non ita punitur. *l. 1. ff. qui petant. tut. & cur. l. 6. C. eod. t. l. 2. §. si mater. & §. quid si curatores. ff. ad S. C. Tert.* Facilius enim sibi consulere poterunt adolescentes, utpote jam maturioris ætatis & judicii, quam pupilli. 12. Tutela finitur pubertate, si pupillus in suam tutelam pervenerit: quod fit in fœminis anno duodecimo; in maribus anno decimoquarto *init. tit. l. quib. mod. tut. finitur. & l. 1. C. quando tutor vel cur. esse desinat.* sed cura in utroq; sexu eodem tempore finitur, videlicet anno 25. Nam post hoc tempus virilem vigorem compleri constat, ut loquitur Vlp. *in l. 1. §. 2. ff. de Minorib.* 13. Differunt etiam genere actionis: Nam Tutor pupillo tenetur actione Tutelæ: quæ non nisi finitâ tutelâ competit, & est generalis ad universa pupilli bona pertinens, *l. 4. in pr. & l. 8. quamv. §. 4. & generaliter. ff. de tut. & rat. distr. item l. 18. cum tut. in fi. ff. eod. t. §. ult. l. de Auct. tut.* Sed curator tenetur minori actione Negotiorum gestorum, quæ sæpe est specialis, & de uno tantum negotio, & perseverante etiam officio curæ, datur. *l. 16. si cum adhuc. §. 1. ff. de Tutela & rat. distr.* Ratio quare durante tutelâ non possit pupillus cum tutore suo Tutelæ agere, redditur ab Vlp. *in d. l. 8. §. 4.* Quia absurdum erat à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli repositi, in qua adhuc perseveraret. Sed hîc notandum: Moribus nostris & quorundam locorum statutis, imò etiam universali lege imperii, hoc mu-

tatum esse. Coguntur enim Tutores quotannis rationes reddere administrationis suæ, & cautum est in Constitutione Imp. Aug. in comitiis promulgata anno 48. videatur & constitutio Augusti Electoris par. 2. t. 11. & reformatio Norica l. 33. & 39. Quod autem dixi ex tutela dari actionem Tutelæ, non ita accipi volo, quasi excludam utilem negotiorum gestorum actionem: Nam & hæc cum illa concurrat, & est in l. 26. cum quadam. C. de adm. tut. & in l. 7. C. arb. tut. qua de re infra plura dicentur. Hæc de cura Minorum, Furiosorum, Mente captorum, Prodigorum, & similium personarum, quomodo ea differat à Tutelâ. Est autem & alia curatio, bonorum & ventris: Cujus differentiam à præsentem cura explicat Hermogenianus l. 48. inter ff. de adm. tut. Et de hac specie est tit. ff. de cur. bonis dando, videatur & l. 9. §. his verbis. & l. 22. ff. de reb. auct. jud. possid. de curatore ventris est t. in ff. de vent. in possessionem mittendo, & curat. ejus. Breviter, Curator minoris, & cæterarum personarum curatore bonis dato, 1. in eo differt, quod illè etsi primario datur bonis, tamen quodammodo, & saltem secundario, etiam personam complectitur ejus cui datus est: iste v. tantum curam agit bonorum; quæ deteriora sunt futura, ut distrahatur, d. l. 48. de adm. tut. 2. Officium curatoris minorum, & cæterarum hujusmodi personarum consistit in administrando, sed alterius curatoris officium, positum est in custodiendo, & vendendo. 3. Curator minorum & cæterorum datur etiam invitatus; & potest compelli ad suscipiendam curationem: sed curator bonorum non constituitur invitatus, sed tantum voluntarius, nisi ex magna necessitate. l. 2. §. 3. quer. & l. 3. de cur. bonis dando. 4. Curator minori datur propter ætatis infirmitatem; & cæteris propter morbum vel animi vel corporis: Sed iste curator datur propter debitoris absentiam, sive spontaneam sive necessariam: item propter defectum hæredis: item propter æs alienum dissolvendum t. ff. de cur. bon. dand. 5. Si plures minori dati sint curatores, inter eos dividitur actio, perinde ut si pupillo plures fuerint tutores, nec in unum datur actio in solidum. t. r. C. de divid. tutela, sed si plures bonis dati sint curatores, hi non pro portionibus, sed singuli in solidum conveniri possunt; l. 2. §. 2. si plures. & l. 3. ff. d. r. Atque hæc evidentie causa præmissa sint. Post hæc ipsam videamus REGULAM, de iis quæ inq. Contractu tutelæ & curæ præstanda sint ex ejus natura. Tutela igitur recipit dolum & culpam; ut hic; sive Tutor, itemq; curator, (Nam hi duo quoad præsentem materiam ad paria judicantur.) ex hoc quasi contractu præstare debet pupillo vel adolescenti dolum, & latam ac levem culpam: non etiam levissimam culpam: non deniq; casum fortuitum. Cujus sententiae fundamenta hæc legib. continentur, in quibus etiam occurrunt exempla partim doli, partim culpæ. Primò in l. 7. C. arbitr. tut. ubi rescripserunt Dioclet. & Maximilianus cuidam Alexandro, Non esse incerti Juris quicquid minores amiserint, vel cum possent non adquisierint, dolo vel lata culpa, aut levi tutoris seu curatoris, hoc est tutelæ seu negotiorum gestorum utile judicium venire. Secundò in l. 4. eod. t. ubi culpa dicitur æstimari in actione tutelæ vel negotiorum. Dixi autem aliàs culpam in Legibus simpliciter positam, ut plurimum significare culpam levem: ut hoc quoque admonui; quicumq; hanc speciem culpæ præstare cogitur, eum multò magis & latam culpam & dolum præstare oportere: Deniq; latam culpam in contractibus, & quasi, sub dolo comprehendi. Non obstat, quod in ead. lege additur particula solummodo quæ est exclusiva. Non enim hoc eam vim habet quasi

non sit præstandus dolus vel lata culpa (Hæc enim excluduntur, quin potius includuntur, dum culpa præstanda dicitur) sed ea particula opponitur illis q. ex officio gesta sunt, id est rectè, & ita, ut tutori neq; dolus, neq; lata, aut levis culpa imputari possit, quod satis demonstrat contextus ejusdem legis. Tertiò, probatur hoc etiam per *l. 1. in pr. ff. de tutelæ & rationibus distrahendis*, ubi Ulpianus ait, tutorem iudicio tutelæ rationem reddere in omnibus, (i.e. de omnibus,) quæ fecit, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit (subaudi, cum facere deberet) præstando dolum, culpam, & quantam in suis rebus diligentiam: ubi duo sunt notanda. 1. Culpam aliam esse in committendo, aliam in omittendo. 2. Quòd non simpliciter Ictus dicit *tutorem præstare diligentiam, sed quantam in rebus suis diligentiam*. Inter has autem duas formulas multum interest. Nam qui absolute diligentiam præstandam affirmat, is hoc vult, debere eum etiam levissimam culpam præstare, quod certe de tutore non rectè dicitur: illud autem rectissime, eum non posse salva fide minorem diligentiam adhibere rebus pupillaribus quam propriis. Et hoc Ulpianus vult convenienter aliis locis. Quarto probatur idem per *l. 18. cum tutor. ff. de tutelæ & rationib. distrah.* ubi ait Papinianus, pupillum habere actionem contra tutorem, si dolo vel culpa ejus perperam sit absentus, quò minus sc. se immisceret hereditati paternæ. Quod idem exemplum & in *d. l. 4. C. Arbitr. tut.* & alibi in Legibus sæpè adfertur. Quintò probatur per *l. 7. tut. §. 2. compet. ff. de Adm. & periculo tut.* ubi Vlp. ait, tutorem teneri actione tutelæ, si prædia non idonea comparaverit pupillo vel per sordes aut gratiam; sive (quod idem est) sordidè aut gratiosè: (Hisce verbis exprimitur dolus. Nam qui patitur se corrumpi muneribus, id quod est per sordes quid facere, ut in *l. 15. filius §. 1. de iudic.* item apud Ciceronem, vel qui amicitiae affectioni hoc largitur, ut contra animi sententiam contraq; animi indicium quid faciat, is certè non potest dolo carere. *arg. d. l. 15.*) vel per latam negligentiam. Addit autem Ulpianus, solam latam negligentiam tutores in hac parte præstare debere: quasi tutor tantum de lata culpa teneatur, non etiam de levi: quæ sententia plurimis aliis Legibus manifestè repugnaret. Sed probè notandum, quod addit Ictus in hac parte, i.e. in proposita facti specie: quando sc. agitur de pecunia pupillari collocanda in comparationem prædiorum, quæ res ejusmodi est, ut in ea facile fallantur etiam prudentes, perit, ac diligentes patresf. comparantes nimirum sæpè prædia minus idonea sive sterilia quæ sperabant maximè idonea & frugifera futura. Neq; reprehendendus est tutor, si pecuniâ pupilli compareret aliqua prædia, cū sciat se non debere illam pecuniam domi otiosam aut sterilem retinere, inuitoque minùs in suos usus convertere, sed vel hominibus idoneis credere, hoc est sœnori ponere, vel in emptionem possessionum convertere, *arg. l. 3. C. de usur. pup. cum simil. loc.* Si igitur iudicio fortè erraverit in eligenda conditione, h. e. si prædium sterile pro idoneo emerit: non debet nimis rigidè cum ipso agi: sed satis est si dolo & lata culpa careat: etiam si forte levi culpæ obnoxius argui possit: hoc enim nō debet ipsi esse fraudi. Ex hac explicatione (cum qua etiam conferri velim ea quæ adfert Ant. Delrio *ad hanc legem.*) apparet, dictam *l. 7. §. competet*, posse referri ad exceptiones à regula nostra: nempe tutorem aliquando de dolo tantum, & de lata negligentia teneri; eo videlicet casu, quo agitur de prædio minùs idoneo comparato.

Exce-

Exceptio autem firmat regulam in casibus non exceptis, ut notat Decius, Cagnolus, & alii *ad l. 1. h. r.* Huic simile exemplum exceptionis extat in *l. 2. C. Arbitrium tutela*, ubi tutor dicitur prestare debere pupillo damnum, quod ex sua cessatione accidit circa nomina paternorum debitorum, id est res alienum, si non exegerit dolo aut lata culpa, seu manifesta negligentia; atque ita non appellando fecerit, ex bonis nominibus mala. Quo casu etiam non tenetur tutor de levi culpa: idque ideo, quia hic quoque facile laberetur quamvis diligens paterfamilias; non nimium urgendo debitores, cum quibus ipse non contraxit, sed pater pupilli: ut probabilis esse possit in tutore ignorantia conditionis, qua fuerunt debitores paterni. *argum. l. 19. Qui cum alio. supra h. tit.* Satis ergo esse putavit Imperator si tutor circa hanc exactionem nominum vacaret dolo & lata culpa: etiam si forte levi culpa non careat. Et secundum hanc distinctionem *d. l. 2.* accipienda quoque est *l. 15. si tutor. ff. de administr. tut.* ubi Paulus ait, tutorem, si non convenerit debitorum quos invenit, (nempe in hereditate pupilli, ex contractu cum defuncto habito) ac per hoc minus idonei efficiantur, conveniri. Si non convenerit; intellige per dolum & latam culpam: non etiam per levem. juxta *d. l. 2.* Aliud autem Iuris est; in illis nominibus quae ipse tutor fecit, nempe si ipse pecuniam pupilli mutuam dederit, de quo casu videatur *l. 16. cum queritur. ff. de administrat. tutorum*, videatur etiam *l. 25. eod. tit.* Sexto probatur insuper regula nostra per *l. 10. Generaliter. & l. 13. Tutor. §. 1. ff. de Administr. tutor.* ubi tutor ob cessationem tenetur: hoc est si non fecerit quod quivis idoneus paterfamilias faceret: puta si pecuniam pupillarem non collocavit foenori: cum haberet tamen cui recte crederet: (Nam si talem non habeat excusatur *l. 3. Cod. de usuris pupillaribus*) item si detrectavit solutionem: denique si iudicium, si stipulationem pro pupillo &c. quae omnis cessatio aut ex dolo proficiscitur, aut ex lata aut levi culpa, & tutori imputatur, si per eam pupillus damnum senserit. Septima probatio sumitur ex *l. 32. Sine herede. §. 1. digest. de administrat. tutor.* à contrario videlicet sensu, hoc modo: Ad tutorem non pertinet damnum, quod sine ipsius culpa accidit, si cautiones id est apochae soluti vetustigalis non sint inventae &c. Ergo damnum quod culpa ipsius tutoris accidit, ad ipsum pertinet. Octavo probatur etiam per *l. 41. Qui plures. ff. eod. tit.* ubi tutores recte conveniri dicuntur ex culpa, qui suspectos facere neglexerant contutores suos, quod exemplum alibi saepe repetitur. Nonò: Aliud exemplum est, si culpa vel fraude tutoris vel curatoris laesa sit ratio pupilli, causa, vel res ipsius; ut in *l. 10. si liberti C. de Administrat. tutor.* cui simile est rescriptum in *l. 12. Cod. d. tit.* Multis autem modis fieri potest, ut pupilli ratio, id est, conditio, causa, sive res laedatur. Decimò: Aliud exemplum est in *l. 11. si bonam causam. Cod. eod. tit.* ubi tutor pupillo praestat indemnitatem, qui vel non appellavit a sententia contra pupillum lata in bona causa: vel appellavit quidem, sed non est prosecutus appellationem sive non implevit solennia provocationis, ut loquitur Imperator. Gordianus in *dict. l. 11.* Undecimò: Aliud exemplum est in *l. 21. pupillorum. C. eod. t.* ubi Tutores & Curatores praestant periculum rei amissae, si per eos neglecta est conditio donationum: id est, si cum donatum esset pupillis sub conditione aliqua, ipsi fuerunt impedimento quo minus illa conditio impleveretur: sive si per ipsos

stete.

steterit ut conditio deficeret, atq; ita donatio conditionalis extingueretur. Duodecimò: Aliud exemplum nobilissimum est in l. 22. *lex quæ tutores Cod. d. t.* Vbi Constantinus Imp. sancit, tutori ascribendam esse fugam servorum, quorum vel negligentia sua dissolutam esse passus est disciplinam; vel quos malè tractavit, nimia scilicet duritia atq; sævitia, vel inedia, & verberibus eos afficiens: atque ita ad fugam illos quodammodò compellens. Decimotertiò: Aliud exemplum est in prætermisâ & recusata defensione pupilli: quam ob rem tutor & tanquam suspectus removeri potest à tutela, & omne detrimentum, quod pupillus ex recusatione defensionis sustinuerit, refarcire cogitur. l. ult. C. de administr. tutor. Decimoquartò: Aliud exemplum est in l. 7 §. 1. ff. de administr. tutor. si tutor cessaverit in distractione earum rerum, quæ tempore depereunt, sive quæ servando servari non possunt, ut loquitur Imp. Constantinus in d. l. 22. in fi. C. de administr. tutor. Decimoquintò: Aliud exemplum est in omissione inventarii; quæ potest fieri vel ex dolo, vel ex lata culpa, vel ex levi.

Quæ res ut intelligatur, sciendum est, debere tutores vel curatores quam primum fuerint constituti inventarium rerum omnium & instrumentorum pupillarium solenniter conficere, in præsentia publicarum personarum; sive, ut hodiè loquimur, coram notario & testibus. l. 24. tutores. C. de Administr. tutor. quod alio nomine *repertorium* appellatur, teste Vlpiano in l. 7. in pr. ff. de Administrat. tutor. Germani vocamus *Grundbuch*. Ratio est: quia aliter non potest constare quantæ sint vires patrimonii pupillaris, sive quantum in bonis habeat pupillus vel adolescens. Deinde quia tutor & curator rationes actus sui aliquando reddere, & reliqua, sive tutelam, restituere debent. Ad rationes a. & restitutionem tutelæ, necessarium antecedens est Inventarium; quod rectè vocat Baldus *caput reddendarum rationum*. Huic enim standum est etiam contra tutorem, ut est in l. ult. C. Arbitr. tutelæ. Aded autem necessaria est confectio inventarii. 1. ut nihil gerere oporteat tutorem vel curatorem, antequam inventarium fecerit: ut inquam, non audeat res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vir dicare; nisi prius, inventario publicè factò, secundum morem solitum res ei tradantur ut post Vlpian. in d. l. 7. in pr. ff. de Admin. tut. loquitur Iustinianus in l. fi. C. Arbitr. tutelæ. 2. ut negligens inventarii confectionem, possit removeri tanquam suspectus. d. l. fi. C. Arb. tut. 3. Ut contra ipsum jurari possit in litem: id est ut pupillus possit, id quod sua interest, in infinitum (sub taxatione tamen sive moderatione iudicis.) æstimare. d. l. 7. in pr. ff. de Administr. tut. Est enim talis tutor in dolo; si non vero, tamen præsumpto: qui cum sciret, sive scire deberet, sibi incumbere necessitatem inventarii conficiendi, tamen officium suum neglexit: doli autem illius sive veri sive præsumpti hæc est pœna legitima, ut debeat admittere sive pati Iusjurandum in litem contra sese. d. l. 7. in pr. & l. pen. C. de in litem jurand. Sed hîc notanda est insignis differentia, inter tutorem ipsum, & tutoris hæredem. Alio enim Iure est Tutor, alio Hæres tutoris. Tutor si non proferat, id est exhibeat inventarium, & cætera instrumenta, potest, id est debet, Iusjurandum in litem contra se admittere: Sed Hæres non aliter, quàm si illa in hæreditate reperta, dolo malo non exhi-

exhibeat: ita manifestè distinguit Imp. Gordianus *in d. l. pen.* Cui consentit rescriptum Diocletiani & Maximiani, *l. ultim. cod. tit.* In actione tutelæ adversus hæredes placuisse prætermitti iusjurandum in litem, ob non factum inventarium. In summa: Adversus tutorem qui non confecit inventarium, jurari potest in litem: Sed adversus hæredem tutoris, non juratur in litem, nisi & ipse dolum proprium admisit. Ratio differentiar est. 1. quia hæres etsi in acti one tutelæ succedat tutori, eamque excipere cogitur: tamen in tutela ipsa & in administratione ejus non succedit: non magis quàm in mandato, & in societate, & similibus, in quibus certæ personæ industria spectatur. Nam cum tutela fuerit munus personale, extincta est cum persona, Pars autem administrationis tutelæ una, & quidem præcipua, fuit inventarii confectio. 2. quia quisque doli sui poenam suffert, ut ait *l. 15. si ex duobus. ff. de tutela & rationib. distrah.* & poenæ suos autores tenere debent, ut ait *l. sancimus. 22. C. de poenis.* Sed quod diximus de necessitate conficiendi inventarii, id hanc patitur exceptionem, nisi testator specialiter prohibuerit, ne inventarium conscriberetur. *d. l. ultim. §. 1. in verb. nisi testatores etiam. Cod. Arbitrium tutela.* Talis enim prohibitio valet, ut pluribus docet Octavianus Cacheranus *conf. 36. num. 8.* & Iulius Clarus *in §. testamentum. quest. 66.* & Zalius *conf. 18. lib. 2.* ubi multa memorabilia habet de fine sive usu, & remissione, vel prohibitione Inventarii. Sunt & alii qui inventarium facere debent, de quibus nostrum non est hîc latius explicare, videri autem potest *l. fin. & ibi DD. Cod. de iure delib.* & Rolandus à Valle, alique qui de inventario tractatus scripserunt: quibus etiam adjungatur Bertachinus *in Repertorio litera I.* & Petrus Heigius. *quest. 20. lib. 1.* ubi generaliter de rationum redditione, & ad quas tenentur quilibet administratores rerum alienarum, tam publicarum quam privatarum diligentissimè tractat. Mihi satis fuit, breviter attingere eam confectiorem inventarii, quæ tutori & curatori, incumbit. Plura de Inventario tradidi *in Methodica Expositione Novellarum.*

Decimosextò: Denique exemplum est in donatione rerum pupillarium: itemque in transactione deminuendi causa facta à tutoribus. Sciendum est enim tutorem non posse donare res pupilli. *l. 22. Tutor. & l. 46. Lucius Titius. §. si. ff. de Administrat. tutor. l. 16. Non omni titulo. C. eod.* Ratio est, non solum illa generalis, quæ sumitur ex titulo *Codicis de rebus alienis non alienandis.* omnis autem donatio est alienatio quædam: sed etiam hæc specialis, quia tutori tantum permittitur administratio rerum pupilli ad ejus utilitatem, non perditio aut dissipatio. Hæc autem duo tanquam contraria opponuntur, *administrare & perdere. l. 7. filiusfam. in princip. ff. de Donat. & l. 3. §. 3. Is autem solus. ff. de S. C. Macedon.* & donare est perdere. *dict. l. 7. ff. de Donationibus.* Etsi enim per donationem beneficii debitor adquiri dicitur, & hanc esse speciem lucri. *l. 54. si pignore. §. 1. ff. de Furtis,* videlicet propter naturalem obligationem ad referendam gratiam, sive ad antidora, ut est *in l. 25. §. consuluit. digest. de heredit. petit.* tamen ea res non attenditur: cum non possit agi civiliter ad faciendam remunerationem. Deindè; tutor, si vult, de suo liberalis esse debet, non de alieno, secundum illud Terentiani, *de tuo largi.*

largitor. Ampliatur hoc quod dixi, de donatione rerum pupillarum tutori interdicta; ut ne quidem personis pupillo valde conjunctis facta donatio valeat: v. g. non debet tutor matri vel sorori pupilli mittere munus nuptiale aut natalitium. *l. 13. Tutor. §. 2. In solvendis. ff. de administrat. tutor.* ut maximè aliàs favorabilia sint ejusmodi munera: de quibus agitur etiam *in l. 194. Inter domum. ff. de verb. signif.* Si igitur adversus hæc tutor rem aliquam pupillarem donaverit, hoc pupillo nihil nocet. *d. l. 22. Tutor. ff. de Administr. tut.* Non enim transfertur dominium rei donatæ in accipientem, sed manet penes pupillum, qui & tanquam suam vindicare potest à possidente: *d. l. 16. in fi. C. d. t.* Quod si fortè pupillus suum recuperare non possit à possessore; consequens est, ut per actionem tutelæ ab ipso tutore indemnitas præstetur, quia tutor per talem donationem quam facere non debuit, admisit latam & certè levem culpam, qua pupillo damnum dedit. Eadem ratio est Transactionis deminuendi causæ factæ, quæ est Donationis. Potest quidem tutor de re pupillari transigere: verum ita demum, si transactio tendat ad utilitatem pupilli, non ad deminutionem, id est damnum ejus. Nam ipsum damnum à deminuendo dictum est, si Icto Paulo credimus *in l. 1. ff. de Damno infecto.* Cavendum est ergo tutori transigenti, nè quicquam deminuat de rebus pupillaribus: h. e. ne remittat obligationem pupilli, vel ne res ipsius alienet. *d. l. 46. §. si ff. de Administr. tut. l. 22. pactum curatoris. C. de pactis, & ibi DD.* videatur etiam Andr. Geil. *lib. 2. observ. 72.*

Hæc ad probandam & illustrandam regulam sufficere possunt. Ex quibus simul intelligitur, quæ præcipuæ sint partes officii, & administrationis Tutorum & Curatorum.

Dixi autem Tutorem de levissima culpa præstanda non teneri. Hæc enim non tantum communis est opinio, probata Accursio, Bartolo, Decio, Baroni, & aliis nonnullis recentioribus interpretibus: sed etiam humanior esse videtur: & favorabilior tutoribus: qui aliàs satis gravantur ipso onere tutelæ: & ipsa gerendi necessitate quodammodo excusati esse debent, etiam si non tam exactam rationem diligentia ab ipsis reposcamus, ut etiam levissimam culpam præstent: ut fatetur quoque Ant. Contius: quamvis ipse potius inclinet in sententiam Constantini Armenopuli, qui ad hanc ipsam legem scribit, magnam diligentiam exigi in tutela. Quæ sententia nobis non probatur. Videamus tamen, disputandi causa, quid pro illa opinione, quæ à tutore etiam levissimam culpam requirit, adferri, simulque quid ad ea responderi possit.

Primum igitur argumentum sumitur ex *l. 20. Tutor. C. de negotiis gestis*: ubi ex rescripto. Imp. Diocl. & Max. videtur colligi posse, tutorem & curatorem in plus teneri quam negotiorum gestorem. Ait enim lex, Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum, negotium alienum spontè gerit. Cum igitur negotiorum gestor, teneatur de dolo, & lata ac levi culpa; etiam tutor & curator tenebitur de levissima: & quidem tantò magis, quia negotiorum quoque gestor, secundum quosdam tenetur levissimam culpam præstare, *argum. pr. in tit. Instit. de obligat. quæ q. ex contractu.* Sed Respondendum 1. Non dicitur *in l. 20.* quod Tutor vel curator durius vel in plus obligetur quàm Negotiorum gestor. In eo inquam,

inquam, non est constituenda dissimilitudo illarum personarum: sed potius in necessitate muneris, & voluntate propria quarum illa (necessitas) est in Tutoribus hæc (voluntas propria) in Negotiorum gestoribus. Ex qua differentia illud consequitur, quod Negotiorum gestor de illis tantum quæ gessit teneatur; de non gestis sive quæ non attigit sua administratione non item: Tutor verò & Curator etiam de iis quæ non gessit vel administravit: quia administrare debuit. 2. Illud ipsum controversum, quod dictum est in objectione, Negotiorum gestorem teneri etiam de levissima culpa: qua de re *infra cap. proximo* dicam.

Alterum argumentum depromitur ex l. 4. C. de periculo tutorum: Tutori & curatori non imputantur casus fortuiti. E. cætera omnia ipsis imputari debent, id est, quicquid ipsorum vel dolo, vel lata, vel levi, vel levissima culpa accedit damni. Respondi: nullam esse in hac illatione necessitatem consequentia. Nam qui negat casum fortuitum in tutela & cura præstari: præsertim cum id contrarium sit, tam multis aliis locis suprà allegatis pro altera sententia: ultra levem culpam hinc nihil præstari debere. Oportet autem unam legem secundum plures; obscuriorem, secundum clariores interpretari. Præterea hoc quoque meminisse debemus, quod verissimè admonuit Ant. Deltio, & latius Dominus Bocerius ad hanc l. Imperatores in d. l. 4. respondisse ad speciem & quæstionem sibi propositam: an scilicet tutor vel curator ad casum fortuitum teneretur. Et pleraque leges Codicis sunt huiusmodi rescripta principum ex propositis quæstionibus sive consultationibus nata: dum Imperatores vel ad partium consultationem, vel ad iudicium relationem rescripserunt quid iuris sit. Quæ observatio ad id nobis proderit, ut sciamus talia rescripta ad propositam facti speciem & quæstionem accommodanda esse: Non autem ex illis esse restringendas regulas iuris alibi traditas, multoque minus inde evertendas.

Tertium argumentum est ex l. 1. in pr. ff. de Tutela & rationibus distrab. ubi tutor præter dolum & culpam, dicitur præstare etiam diligentiam: quibus verbis significatur levissima culpa. Nam quicquid ultra culpam levem præstatur, id non potest esse aliud quam aut levissima culpa, aut casus fortuitus. Hic autem sub diligentia nomine nusquam comprehenditur, ac ne quidem potest sub ea comprehendì. Relinquitur ergò ut hinc præstanda sit levissima culpa. Respondi: 1. non simpliciter in allegata l. 1. dici diligentiam præstari debere: sed cum hac adjectione, quantum in suis rebus tutor adhibet. Si igitur tutor solet in rebus suis ne levissimam quidem culpam admittere, eandem etiam in pupilli rebus præstabit, *argum. l. 32. quod Nerva ff. depositi*. Sed hoc non fit ex natura huius quasi contractus: verum ex accidente: ut suprà quoque monui, hanc esse exceptionem à regula, per exceptionem verò non evertitur vel infringitur regula: sed potius confirmatur in casibus non exceptis.

Quartum argumentum est ex l. 33. A tutoribus ff. de Administr. tut. ubi ait Callistratus, eandem diligentiam circa administrationem rerum pupillarium exigendam esse, à tutoribus & curatoribus, quam paterfam. rebus suis ex bona fide præbere debet. Respondi: eandem esse solutionem qua usi sumus ad d. l. 1. in pr. ff. de tutela & rationibus distrab.

Quintum argumentum sumitur ex l. 15. *vers. Eadem. ff. de furtis*. Vbi si quis tutelam affectaverit, ejusque administrationem quasi præcipuerit contutoribus sive collegis, oblatâ satisfactione, debet præstare diligentiam: id est, etiam de levissima culpa tenetur. Responsio ferè est eadem, quæ ad præcedentia duo: nempe esse hanc quoque exceptionem à regula: neque rectè sic colligi, aliquando tutor etiam de levissima culpa tenetur. Ergò semper de ea præstanda obligabitur. Hoc enim esset nihil aliud, quàm ex particulari inferre velle universale: Ratio autem hujus exceptionis est, quia si tutor talis unus ex pluribus, non ad se traxisset administrationem, alius vel alii rectius & majore diligentia ea administrare vel gerere possent.

Sextum: Magistratus qui tutorem dedit in omne periculum succedit. l. 4. *Non similiter. ff. de Magistratibus conveniendis*. Ergò tutor quoque de omni periculo tenetur: quia surrogatum imitatur naturam ejus cui surrogatur. *arg. §. fuerat. & ibi. Iason. & Zasius Instit. de Actionib.* Si tutor de omni periculo tenetur. Ergo etiam de eo quod levissima ipsius culpa contigit. Respond. primò, *Omne periculum* similibus in locis, & ibi, intelligendum esse, non de eo quod levissima culpa tutoris, neque quod casu fortuito contingit, sed de eo quod levi culpa, vel lata, vel dolo ipsius. Deinde, Comparatio ibi instituitur, inter magistratum & heredes tutoris: non autem quaritur de gradibus culpæ præstandis vel ab ipso tutore, vel à magistratu à quo datus est.

Septimum argumentum sumitur ex favore pupillorum, quem constat ubiq; in Iure esse maximum, ut latè docet Damhauderius *in tractatu quem inscripsit parrocium pupillorum*. Sententia autem illa quæ tutorem etiam de levissima culpa teneri vult, favorabilior & utilior est pupillo quam altera: facitque, ut ipsius indemnitati tantò plenius consulatur: Ergò præferenda est meritò alteri opinioni, quæ habet, quod tutor ultra levem culpam nihil præstet. Resp. Magnus quidem est favor pupillorum, utpote personarum non minùs miserabilium quàm viduarum: qui favor promeruit, ut etiam Imperator ipse inter eas cognoscat, ut est *in tit. Codic. quando Imperator inter pupillos vel viduas vel miserales personas cognoscat*. Veruntamen ille ipse favor tantus esse non potest, nec eò usque extendi debet, ut tutorem aliàs satis superque oneratum nimium gravemus, & ab eo etiam levissimæ culpæ præstationem exigamus: præsertim cum hîc solius pupilli utilitas & commodum versetur, nulla verò tutoris: teste etiam Cicerone *in 1. de Offic.* Ex quo dicendum videbatur, eum non nisi de dolo & lata culpa teneri debere. *arg. l. 5. ff. commodati.*

Octavò & ultimò, argumentum quoq; sumi potest ab auctoritate Græcorum Interpretum, sive Scholiastarum Iuris nostri. Hi enim videntur rectas interpretationes ac sententias legum inde usque à temporibus Iustiniani per manus traditas, retinuisse, professione Iuris nunquam apud eos interrupta, quæ in Occidente serò recuperata est. Respond. Sit sanè Græcorum Interpretum magna auctoritas: ex quorum scholiis etiam Cujacius plurima in Corpore Iuris felicissimè partim restituit atque emendavit, partim explicavit; longè rectius quàm vulgò leguntur vel intelliguntur. Sed tamen negari non potest, illos interdum etiam per
erro-

errorem falsas sententias pro veris amplexos fuisse: unde Hotomannus ipsorum auctoritatem sæpè elevare solet, *Graculos* appellans, quamvis magis æmulatione Cujacii, quàm vero iudicio ductus. Valet igitur hîc quoque illud vetus: ut omnia probemus atque exploremus: quod bonum est teneamus: nihil autem recipiamus, quod manifestis textibus Iuris adversetur, præsertim pluribus, sicut ista Græcorum opinio clarissimis textibus suprâ allegatis repugnat maximè in l. 7. *quicquid C. Arbitrium tutela*: ac proinde repudianda nobis est, suisque auctoribus relinquenda, cum ipsorum bona gratia.

Atque hinc jam magis magisque constare arbitror, Tutelam regulariter non recipere culpam levissimam: *regulariter* inquam: Nam quod interdum tutor etiam levissimam culpam præstat, id non facit regulam: sed exceptiones constituit: ut 1. si ipse soleat in suis rebus esse diligentissimus. 2. si se obtulerit administrationi cæteris contutoribus præreptæ, ut suprâ exposui.

Sequitur ut probemus, *tutorem de casibus fortuitis regulariter non teneri, & hos ei imputandos non esse*. Id non solum ex generali regula satis intelligitur; qua traditum est, ea quæ fortuitis casibus accidunt, in nullo bonæ fidei iudicio præstanda esse. l. 6. C. de pign. act. & in fin. huius legis, sed etiam in specie expressum est, in l. 4. C. peric. tut. ubi testantur Imp. hoc sæpè rescriptum esse. Exempli casuum fortuitarum adversus quos caveri non potuit, (id est, qui nulla humana diligentia, ope vel cautione prævideri, averti, aut declinari potuerunt) duo adferuntur in l. 50. *si res pupillaris. ff. de administr. & peric. tut.* Primum Incursum latronum, quo res pupillaris perit: qui alibi vocatur *impeccus prædonum*, ut infrâ, *hac ipsa lege nostra*, & *aggressura latronum* in d. l. 6. C. de pign. act. Alterum exemplum est, si argentarius, cui tutor mutuam dedit pecuniam pupillarem labatur facultatibus, & fiat non solvendo: cum quidem tempore contractus esset celeberrimus, id est, ab omnibus pro idoneo haberetur, & qui facile solvendo esset. His facile erit plura exempla aggregare: ut si domus pupilli conflagret incendio, cum omnibus aut plerisque ejus bonis, absque culpa tutoris: item si fundus pupilli chasmate, id est, hiatu terræ perierit: item si segetes calamitate fuerint affectæ.

Est tamen quando etiam de casu fortuito tenetur tutor: nimirum, quando ipsius culpa præcessit casum & interitum rei. Ratio est, quia hæc est pœna culpæ ac negligentia ejus, qua occasionem dedit casui, eumque accersivit, cum potuisset præcavere. Imo hic casus fortuitus fuisse non videtur, quia adversus eum caveri potuit: Nam casus fortuitus definitur vis major, qui nulla diligentia prævideri, præcavere, & averti potuit. Exemplum est in l. 3. *Codic. de periculo tutor.* ubi proponitur, tutor habuisse res pupillares in hospitio suo: cum deberet eas propius vel in horreo conditas habere, vel etiam venundare: quæ res vi ignis absumptæ sunt. Respondent Imp. damnum illud non spectare ad pupillum, sed ad tutorem: & contrarium poscentem tutorem, rem non probabilem desiderare. Cur ita? Quia damnum tale potuisset evitare tutor, si alibi eas res asservasset, vel etiam distraxisset: Proindeque quod ipsius culpa accidit vel segnitia, id meritò ipsi imputatur.

Non

Non est hic prætermittendus insignis locus de ACTIONIBUS, ex tutela vel occasione ejus nascentibus: & de concursu actionum, sive de affinibus remediis: quæ sanè non sunt pauca, idèò introducta, pupillis. quàm plenissimè consi-
latur.

Dux autem sunt præcipuæ Actiones, una Tutelæ Directa, altera Tutelæ Contraria. Quarum Illa datur pupillo ejusque heredibus adversus tutorem & ejus heredes: (diversimodè tamen, & leniùs contra heredes, quàm ipsum tutorem, ut supra attigi ex l. 4. C. de in litem jurando. eaque de re est *tit. Cod. de heredib. tutorum*) ad reddendas rationes administrationis, vel cessationis, restituendamque tutelam, sive reliqua; & præstandum, quicquid omninò pupillus vel damni acceperit, vel lucri non adquisiverit, cum posset; dolo, lata, vel levi culpa tutoris: secundum ea quæ supra in explicatione regulæ nostræ dicta sunt. Hæc verò datur tutori & heredi ejus adversus pupillum, & heredes ejus, & indemnitate, hoc est, si quas impensas de suo fecerit tutor in res pupilli, vel pro pupillo, ejus recuperet, atque ita indemnitas præstetur. Quod sanè est æquissimum. Nemini quippe suum officium debet esse damnosum. l. 17. *digest. testamenta quemadmod. aperiuntur. l. 61. §. quod verò. ff. de furtis & l. 15. ff. Mandati. Paulus lib. 5. sent. 1. 6. §. 10.* Quod spectat illud Plauti in *Cistellaria*: *Ne benemerenti sit malo benignitas.* Eaque ipsa æquitas ferè omnes contrarias actiones introduxit: in quibus scilicet agitur de calculo & indemnitate. Notandum est autem hos sumptus posse tutorem servare non solum contrariâ tutelæ actione adversus pupillum proposita: sed & compensatione: ut scilicet dum ipse convenitur Directæ tutelæ, in tutela & reliquis restituendis deducat ea quæ pro pupillo impendit. l. 1. §. præterea. ff. de contraria tutela. l. 3. C. eod. l. 2. Cod. de in litem dando tutore: & facit huc l. 18. In rebus. §. fin. ff. Commodari. Ulpianus has vocat *reputationes.* in l. 2. *digest. ubi pupillus educari debeat.* Porro in utramque harum actionum veniunt etiam usuræ: utpote in judicio b. fidei: quod de contraria tutelæ dicitur in l. 3. §. 1. *vers. consequitur. ff. de contraria tutela,* ubi agitur de usuris quas pupillus tutori præstat. De illis vero quas tutor præstat pupillo est l. 7. §. quæ sint. ff. de admin. tut. Et quia hic nonnulla sint singularia, proprius datur titulus in Codice, de usuris pupillaribus. Conveniunt etiam ambæ hæ actiones in eo, quod neutra datur durante tutela. l. 9. si tutor. §. generaliter. & §. ultim. l. 18. cum tutor. in fi. ff. de tutela & rationibus & distrabend. l. 1. §. finito. ff. de contraria tutela & alibi. In eo autem differunt istæ actiones, quod Directa infamat condemnatum, Contraria non item. l. 1. §. 6. qui pro socio. ff. de his qui notantur infamia. & §. Ex quibusdam. *Instit. de pœna temerè litigantium.* Sed quod Oldendorpius classe 4. act. 32. hanc quoque differentiam constituit; ut Directa tutelæ sit civilis; Contraria verò prætorial: id quidem probare non possum. Neque enim hujusmodi collectio valet: Hanc actionem proposuit prætor, (quod de contraria tutelæ fateor dici in l. 1. in princ. ff. de contraria tutela.) Ergo hæc actio est prætorial. Nam Prætor multas etiam civiles actiones in edicto suo proposuit, arg. l. 1. in pr. ff. commod. Item alibi. quas tamen nemo sanus ob id dixerit esse prætoris: cum illæ demum actiones sint prætorial, quæ ex jurisdictione prætoris substantiam capiunt: sive quas Iure Civili incognitas prætor primùm introduxit: non autem quascunq; approba-

vit,

vit, & in Edictum suum tetulit. Hoc igitur teneamus: Contrariam tutelæ actionem non minus esse civilem, quam sit actio Directa.

Porro à Tutelæ actione diligenter discernenda est actio Protutelæ. Hæc enim datur Directa quidem in eum, Contraria verò ei, qui pro tutore negotia pupillaria gessit, h. e. qui cum revera tutor non esset, tamen munere tutoris functus est in re impuberis. Nec interest, si quis putaret se tutorem esse, si ve cum sciret se non esse tamen finxit tutorem. *l. 1. in pr. & §. 1. ff. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.* Hic eandem fidem & diligentiam præstare debet quam verus tutor præstaret, ut monet Oldendorpius *classe 4. act. 33. in fin. arg. l. pen. ff. d. t. in verbis: ut eo affecta negotia gerat. quo tutor gerere debeat.* Est autem hæc memorabilis differentia inter actionem tutelæ & Protutelæ, quod ista etiam ante pubertatem, & ante finem tutelæ datur. *l. 1. §. unico. vers. sed si pro tutore ff. de eo qui pro tutore.* (ubi ait Vlpianus, nullam de hoc disputationem esse,) cum illa non nisi post pubertatem & finita tutela detur, ut supra dictum. Cætera verò communia sunt, atque eadem actioni Tutelæ & Protutelæ ut docet Oldendorpius *d. loco.* Illud quoque notandum est, si quid falso tutore auctore gestum sit, de eo dari primò contra pupillum restitutionem in integrum ei, qui iusto errore ductus cum ipso contraxit. *l. 1. §. ultim. ff. quod falso tutor. auctor.* Dixi, *iusto errore ductus.* Nam aliud est, si quis sciat hunc tutorem non esse, & tamen auctoritatem ejus in contrahendo sequatur. Huic enim non dabitur restitutio in integrum, quia seipsum decepit, ut ait Ictus. 2. Dari in talem falsum tutorem quanti res est, si dolo malo auctor factus fuerit. *l. 7. novissimè. in pr. & l. 11. falsus. in pr. ff. qui falso tutore auctore, &c.* Hic non dico, si sciens, sed si dolo malo. Nam scientia non statim incidit in dolum malum, si ve non qualibet scientia est dolus malus. *d. l. 1. §. 1.* Observandum est autem de hac actione in factum, quod neque post annum in falsum tutorem datur, neque omninò in heredem ceterosve successores. *l. 9. §. 1. ff. d. t.* Et si enim in hanc actionem non venit pœna, sed veritas: id est, vera rei æstimatio, si ve quanti res est. *l. 7. §. quod ait. ff. eod. t.* tamen & factum puniunt, & in dolum concipiuntur istiusmodi actiones, ut ait idem Vlpianus *in l. 9. §. 1. eod. t.* Tales autem actiones non dantur in heredem, nisi quatenus ad eum pervenit, item nisi lis fuerit contestata cum defuncto. *l. 26. in heredem. ff. de dolo malo, cum similibus.*

Pergamus ad alias actiones quæ ex tutela vel occasione ejus competunt. Talis est in primis ea quæ vocatur *Rationibus distrahendis.* Ea datur contra tutorem, qui ex bonis pupilli quid abstulit vel dolo, vel etiam sine dolo: & datur in duplum, non ejus quod interest, sed pretii rei: Cui tamen duplo & res ipsa inest ut non totum duplum sit pœna, quemadmodum in actione furti nec manifesti. *l. 1. §. rationibus distrahendis. & §§. seqq. digest. de tutela & rationibus distrahendis, & l. 2. eod. t.* Ex quibus jam satis intelligitur, quantopere differat hæc *Rationibus distrahendis* actio, à *Tutelæ* actione. Nam 1. *Tutelæ* actio est ex quasi contractu; sed *Rationibus distrahendis*, oritur ex delicto vel quasi. 2. *Tutelæ* actio est rei persequutoria, & in simplum datur, id est, quanti res est: sed *Rationibus distrahendis* actio, est pœnalis, vel certè mixta, & in duplum datur. 3. *Tutelæ* actio datur heredi & in heredem; sed *Rationibus distrahendis* datur quidem heredi, non tamen etiam in here-

heredem. l. 1. §. pen. ff. de tutela & rationibus distrahendis. Est enim hoc generale, ut pœnales actiones non dentur in heredem, §. non autem omnes. Instit. de perpetuis & temp. actionib. l. scubi pœna, & l. pupillum §. in heredes. 1. infra h. t. de R. l. Nisi lis fuerit contestata cum defuncto. l. 26. omnes pœnales. & l. 58. sciendum est. ff. de obl. & act. l. ult. §. 1. in fin. ff. de fidejussorib. tutorum. aut nisi ad heredem aliquid pervenerit. d. l. scubi pœna. cum similibus. An autem Tutelæ actio tollatur per hanc Rationibus distrahendis, vel an hæc per illam; videndum est in l. 1. §. in tutela. ff. de tutela & rationib. distr.

Sequuntur jam aliæ CONCURRENTES ACTIONES. Tales sunt 1. Actio furti. l. 2. §. 1. digestus. de tutel. & rationibus distrahendis. quæ datur, si tutor quid abstulerit ex bonis pupilli animo furandi. Hoc enim requiritur ad actionem furti, ut res affectu live animo furandi sublata sit. §. placuit. Institut. de obligat. quæ ex delicto nascuntur. cum similibus. Veruntamen hic observandum: quemadmodum in socio rem, communem auferente potius præsumimus, cum suo iure uti, quàm furti & fraudis consilium inire voluisse. l. 53. merito. digestus. pro socio. Ita etiam in tutore non facilè nos furtum debere præsumere, sed in partem benigniorem potius inclinare: præsertim cum tutor loco domini habeatur in rebus pupilli. Hæc autem furti actio à rationibus distrahendis in eo differt, 1. quod sit ex vero delicto; cum altera sit ex quasi delicto. 2. in eo, quod duplum in actione furti nec manifesti totum sit pœna, extra rem ipsam furtivam: ut notum est ex l. 1. ff. de furtis. Sed in altera duplum continet rem ipsam, nec totum est pœna. 3. in eo, quod Furti actio est famosa: sed Rationibus distrahendis non infamat: tamen si opinionem tutoris malè versati apud bonos viros gravet, ut rectè monet Oldendorpius class. 4. act. 34.

Secundò, Concurrit etiam Condictio furtiva. d. l. 2. §. 1. & l. 9. si tutor. §. ult. ff. de tutel. & rationib. distrab. Cujus differentiam ab actione furti ostendit Vlpianus in l. 7. §. 1. ff. de Condictione furtiva. An autem vel furti actio, vel condictio furtiva, tollatur per actionem rationibus distrahendis, vel non, docetur in l. 1. §. hunc tamen tutorem & in l. 2. §. 1. ff. d. 1.

Tertio, Concurrit etiam actio damni injuriæ live legis Aquiliæ, ut est, in d. l. 9. §. fin. d. 1.

Præterea concurrit quoque cum actione Tutelæ actio Depositi, item actio Commodati: Nempe si pater pupilli rem aliquam deposuerit apud tutorem, vel ei commodaverit, eamque tutor non reddat. l. 5. si tutor. ff. de tutela & rationibus distrahendis. Vbi etiam datur condictio ob turpem causam, ad repetendam pecuniam, si quàm fortè acceperit tutor, ut redderet depositum vel commodatum. Tali enim ex causa turpiter accipitur pecunia: cum ultrò & gratis facienda sit restitutio depositi vel commodati. Conferatur l. ultim. ff. de conditione ob turpem causam.

Adhæc concurrit cum actione tutelæ, etiam Negotiorum gestorum actio, ut est in l. 13. si tutor. & l. sequent. ff. de tutel. & rationibus distrahendis. Vbi notanda est hæc distinctio inter negotia pupilli, quæ tutor post pubertatem, id est, finitâ tutelâ administrat: ut si quidem connexa sint prioribus, atque ex illis dependant, tun-

tunc veniant in actionem negotiorum gestorum. In hanc enim devolvitur iudicium tutelæ: ut eleganter loquitur Vlpianus *in d. l. 13.* Ratio differentiæ est, quia aliàs quoque continentia causarum non est dividenda: qua de re diligenter scripsit Petrus Frider. Mordanus. Et hæc quidem ferè sunt actiones, quæ dantur contra tutorem ejusve heredes.

Restant aliæ, quæ contra alios ob tutelam dantur. Talis est inprimis actio Hypothecaria, quæ datur de rebus tutoris contra quemlibet illarum possessorem. Nam cum lex concesserit pupillis & minoribus tacitam hypothecam in omnibus bonis tutoris & curatoris pro officio administrationis, vel etiam si cessaverit in suo officio: Rectè ea bona sibi vindicant minores per hanc actionem, quæ est in rem, sicut superiores omnes fuerunt in personam. Hac de re videatur. *l. 20. pro officio. Codic. de administration. tutor. & l. unica. §. & ut plenius. Codic. de rei uxoria actione.*

Deinde habent etiam pupilli actionem contra fidejussores tutorum, & contra nominatores, & contra affirmatores, eorumque heredes: ut est in *tir. digest. de fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum, & l. Codic. de fidejussoribus tutor. & curator.* Et affirmatores, (id est, qui idoneos esse tutores affirmarunt) nominantur. *in l. 4. §. si. digest. d. r.* Sciendum est autem, tutores præter illam tacitam hypothecam omnium bonorum pro administratione sua pupillis obligatorum, aliam quoque cautionem sive satisfactionem præstare debere, videlicet rem pupilli salvam fore, quæ est stipulatio, & satisfactio prætoria, de qua agitur in *Digestis proprio titul. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore, & in §. fin. Institut. de divisione stipulationum.* Dicitur autem & *satisfactio salvam tutelam fore*; ut in *leg. 2. Cod. de tutore vel curatore qui satis non dedit.* Omnis autem stipulatio prætoria sive satisfactio desiderat personas intervenientium, id est, non fit nisi dati fidejussoribus. *l. 7. prætorie. digest. de stipulationibus prætorii. & l. 1. ff. qui satisfacere cogantur.* Quanquam autem omnis fidejussio regulariter fit per stipulationem *l. 12. blanditus. Codic. de fidejussoribus. & §. ultim. Institut. eodem titulo.* Stipulatio autem non fit nisi utroque loquente, ut est in *lege prima, digest. de verborum obligationibus.* tamen in istis fidejussoribus, qui spondent, Rem pupilli salvam fore, hoc singulare est, quod etiam tacitè fieri potest, nempe si non contradicat quis, cum à tutore præfens nominaretur, sed patiatut nomen suum in acta publica referri. *lege quarta, paragrapho ultimo, digest. de fidejussoribus tutorum.* Quod exemplum tacitæ stipulationis probè notandum puto: cui vix aliud simile reperiatur in toto Iure, præter illud de dote, de quo aliàs dixi ex *lege unica. Codic. de rei uxoria actione, & §. fuerat. Institut. de Actionibus.* Deinde & hoc singulare est in istis fidejussoribus tutorum, quod non habent beneficium divisionis, aliàs pluribus fidejussoribus competens, ex epistola D. Hadriani, ut notum ex Institutionibus. Nam in pupillo beneficium dividendæ actionis visum est habere injuriam, ut eleganter ait Papinianus in *l. final. digest. Rem pupilli salvam fore.* Sed quæritur, quanta actione isti fidejussores teneantur? Putat Nic. Vigelius in *methodo Iuris Civili, parte secunda, libr. 5. cap. 18.* dari contra eos quoque actionem tutelæ: in quo certè fallitur.

tutor. Nam actio tutelæ contra neminem dari potest, nisi aut tutor fuerit, aut heres tutoris: atqui fidejussor tutoris, neque tutor est, neque heres tutoris. Verius est igitur, dari potius ex stipulatu actionem. Idque expressum est in *l. 5. digest. de fidejussoribus tutorum, & in l. 1. at l. 4. §. 4. hanc stipulationem. & §§. seqq. digest. Rem pupilli salvam fore*: quæ actio eo casu utilis est, quando alius pupillo vel infante, vel absente stipulatus est, *l. 4. in princip. digest. dict. tit. & l. 1. §. 16. planè. digest. de magistratibus conveniendis.* Directa enim sive ipso iure actio ibi dari non potest pupillo, propter regulam iuris, quæ vult, per extraneam sive liberam personam, id est, iuri alicujus non subjectam, alteri non posse adquiri obligationem sive actionem. *l. 11. solutum. §. per liberam. digest. de pignorat. action. §. Ex his itaque. vers. & hoc est quod dicitur. Instituit. Per quas personas cuique acquiritur. item §. si quis alij. Instituit. de verbor. obligat. & l. stipulatio ista. 38. §. alteri. digest. eod. tit.* Sed pupilli favori hoc datum est, ut in locum directæ actionis deficientis, accommodetur ipsi utilis actio: quæ & aliàs propter æquitatem benignitatemque dari solet. Hæc autem ex stipulatu actio, quæ contra fidejussores tutorum competit, hoc habet commune cum actione tutelæ, quod finitâ demum tutelâ competat. *d. l. 1. & d. l. 4. §. 4. ff. Rem pupilli salvam fore.*

Postremò datur etiam pupillo nomine tutelæ actio contra Magistratus municipales, qui aut omninò non curarunt satisfacere, aut non idoneè caveri. (Hæc enim duo paria sunt. *l. 6. digest. qui satisfacere coguntur. & l. 2. ff. de auctor. tut.*) quæ vocatur actio subsidaria in *l. 1. in princ. & §. non tantum de magistratibus conven. & §. penultim. Instituit. de satisfac. tutel.* Quia scilicet in subsidium datur, & ultimum præsidium adfert pupillis, si non possint suum consequi, vel indemnes præstari, neque à tutoribus ipsis, neque à fidejussoribus, neque ab heredibus utrorumque. Quamdiu enim vel unus ex tutoribus idoneus est, non potest ad magistratus perveniri qui dederunt; *l. 1. §. 13. usque adeò. ff. de tutelâ & rationibus distrabendis.* ubi ait Ulpianus, hoc sæpè rescriptum esse: Etenim certus est ordo à iure præscriptus, secundum quem ordinem & non pro cuiusque cupidine oporteat actiones exerceri, ut pulchrè docet Oldendorpius & legibus comprobatur *classe 4. action. 37.* Introducta est autem hæc actio per Senatusconsultum, ut est in *lege secunda. ff. de magistratibus conveniendis.* quod auctore D. Trajano factum esse, didicimus ex *lege penultima, Cod. eod. tit.* Sicut autem tutor non præstat pupillo casus fortuitos, & fortunam, ut suprà dictum: ita nec magistratus. *lege prima, §. undecimo, si magistratus & l. 6. digest. de magistratibus conveniendis.* Deinde sicut heres tutoris levius obligatur, quam tutor ipse, de quo item suprà dictum est ex *l. 4. Cod. de in litem jurando, & ex tit. de heredibus tutor.* ita & heres magistratus, *lege quarta, non similiter. & l. 6. quæ ad heredem. digest. de magistratibus conveniendis.* Dixi autem, dari hanc actionem in magistratus municipales. Nam majores magistratus, sive urbani sive provinciales sint, qui ius dandi tutores habent, ut prætores, præfides, & cæteri, hac actione non tenentur: *lege prima, paragrapho primo. de magistratibus conveniendis.* Idque duplici de causa: Primò, ut parceatur ipsorum dignitati: Deinde quia ferè non ex suo arbitrio constituunt tutores, sed relatu magistratuum.

tuum municipalium, & ad horum nominationem, quorum fidem sequuntur: ipsi vero satisfactionem exigere non coguntur. Quæri potest, ex qua causa detur ista subsidaria actio, an ex contractu, an ex delicto vel quasi? Et assentior cum Oldendorpio *classe 4. act. 37.* utroq; casu, hoc est si magistratus satisfactionem exegerit, sed minus idoneam, siue nullam exegerit, teneri eos ex quasi delicto: quia in dolo aut certe lata culpa versantur. Et hæc sententia probari quoque potest per *l. 1. §. 7. magistratibus. ff. d. t.* ubi dicitur magistratibus imputari posse, quod munere mandato non paruerint: quibus verbis significatur delictum vel quasi. Et tamen hoc est singulare in ista actione, quod quamvis ex quasi delicto oriatur, non tamen sit pœnalis, sed rei persecutoria: & proinde in heredes quoque magistratus detur: tamen in hos non semper neque tam duriter, quam in ipsos magistratus, ut & paulò ante dicebam. Plurimum verò interest, utrum magistratus dolo fecerit, quo minus pupillo caveretur, an culpa duntaxat omiserit satisfactionem. Priore namque casu unusquisque in solidum conveniri potest à pupillo hac actione: posteriore vero tantum pro virili portione singuli tenentur: quæ distinctio traditur à Celsò in *l. 7. ff. de magistrat. conven.* Et ratio differentie hæc est, quia scilicet ex dolo suo in solidum obligatur, & dolus graviores pœnam meretur quam culpa quamvis lata. Habet hoc quoque peculiare ista actio: quòd cum aliàs actionibus incumbat probatio, & ei qui dicit non qui negat. *l. 2. & l. 21. verius, cum simil. ff. de probationibus.* hinc tamen probatio exigitur non à pupillo actore, ut is doceat, fidei iussores non fuisse solvendo, cum acciperent: h. e. minus idoneè cautum fuisse; Sed ab ipso magistratu, ut is probet, & solvendo, & idoneos eos tunc fuisse. Ad extremum non dissimulabo hinc de ista actione subsidaria, illam non solum in Gallia abuisse in desuetudinem; sed etiam in Germania, vix amplius usurpari: quod testatur in *selectis Diss. suis Tertullianus, part. 2. diss. 9. thesi 7. lit. e.*

Sequitur alia concurrere actio, quæ *Suspecti postulatio*, itemque *accusatio* appellatur. Est autem hæc actio quasi publica, quæ omnibus pateat *l. 1. §. 6. consequens ff. de suspect. tut. & cur. & §. consequens. Inst. eod. t.* h. e. actio ista est popularis, quæ cuius ex populo conceditur, & quæ suum Ius populi tuetur. *l. 1. ff. de popularibus actionibus.* De qua actione observentur sub titulo jam dicto sex ista capita, quæ elegantia & conomia proponit Vlpianus in *l. 1. §. 1. ff. de suspect. tut.* Ita res tota erit facilissima. Multum autem refert, utrum quis ob dolum & fraudem remotus sit tantum suspectus; an verò tantum ob culpam siue segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem & ineptiam. Priore enim casu famosus quis efficitur: posteriore non item: sed integra estimatione abicit tutela. *l. 3. §. ult. cum l. seq. ff. de suspectis tut. l. ult. C. eod. & §. suspectus. autem Inst. eodem & l. 2. C. de tutore vel curatore qui satis non dedit.* Disputare autem solent interpretes, an etiam ob latam culpam remotus fiat infamis, de quo alibi dicendi locus est.

Postremo notandum est, præter actiones civiles & ordinarias, de quibus hucusque egimus, esse etiam extra ordinarias coercitiones, quibus nonnunquam puniuntur tutores, non solum liberti (qui quanto plus debent patronis, eorumque li-

beris, ob summum beneficium libertatis; tantò graviore digni sunt animadversione, si officium non fecerint, aut perfidi extiterint, circa tutelae sibi commissas.) non solum inquam liberti, sed & alii sæpè extraordinariâ animadversione puniuntur, malè versati in tutela: Et memini nostris quoque temporibus tutores aliquando ordine senatorio motos, & pecuniâ multatos fuisse, quod ex bonis pupillorum suorum aliqua sibi emissent. Hac de re videatur l. 4. & l. 10. si liberti. Cod. de administratione tutor. l. 49. ob senus. digest. eod. l. 9. in eos. ff. de tutelae. l. 1. §. solent. ff. de officio praefecti urbi, l. 3. §. 15. sed si non latitet. & §. seq. ff. de suspect. tutor. deniq; §. penult. Inst. eod. tit.

Sunt & aliæ concurrentes actiones, quæ pupillo competunt: ut vindicatio rerum suarum, à tutore inutiliter & contra jus alienatarum: ut petitio rei, quam tutor comparavit sibi ex pecunia pupillari: l. 3. & ibi glossa plures Leges adduces. Cod. arbitrium tutelae: ut pristina actio, v. g. mutui vel alia, de eo, quod tutor debuit patri pupilli: l. 4. §. debitor. & l. 8. §. nequaquam, cum seqq. ff. de administrat. tut. l. 4. Cod. eod. t. l. 69. tutor. ff. de fideiussoribus, l. 5. de tutela & rationibus distrabend. Datur quoque interdum loco actionis tutelae, actio Negotiorum gestorum; nempe Vtilis: v. g. si postumo datus tutor administraverit negotia, nec tamen natus fuerit postumus. l. 19. si nemo. §. ultim. ff. de testamentaria tutela. l. 1. §. si quis. ff. de eo qui pro tutore l. 28. cum pater. ff. de negotiis gestis, l. 24. si postumo. ff. de tut. & rationib. distrabendis.

Atque hæc de tutoribus quibusnam illi actionibus teneantur pupillis suis, & obiter quas ipsi contra eos habeant. De curatoribus uno verbo admonendum, in hos competere utilem negotiorum gestorum actionem Directam; & ipsis dari utilem negotiorum actionem contrariam l. 26. cum. quadam. vers. satis enim Codic. de administrat. tutor. & l. 7. quicquid Cod. arbitrium tutelae: In utraque lege observandum, quod nomen Actionis Tutelae, referendum sit ad Tutorem; sed Vtilis negotiorum gestorum, ad Curatorem: quod idcirco moneo, nequis forte putet, etiam pupillo contra tutorem dari utilem actionem negotiorum gestorum, & hanc concurrere cum Tutelae actione: vel adolescenti quoque contra curatorem Tutelae actionem perinde dari, sicut Vtilis negotiorum gestorum: quod esset falsissimum. Ratio autem quare in curatorem non detur Directa negotiorum gestorum actio, sed utillis, (qua quidem etiam successores curatoris tenentur l. 17. Curatoris Codic. de negotiis gestis.) hæc est: quia nempe etiam successores curatoris quo proposita est Negotiorum gestorum actio, neque mens pratoris ad curatorem referri possunt. Loquitur enim edictum illud de iis tantum, qui voluntariè suaque sponte ad negotia aliena accedunt. l. 3. in princip. digest. de negotiis gestis, non autem de iis qui ex necessitate, qualis est curator. Nam Cura non minùs quàm Tutela est munus necessarium, quod etiam invito iungitur, §. 1. Instit. de Curatoribus. Deinde loquitur Edictum de gerentibus negotia aliena. d. l. 3. in pr. Atqui curator cum ex debito officij sui gerat, magis sua curat negotia, (nempe quod

quod ad administrationem, in qua suo periculo cessaret.) quam alterius, scilicet minoris. Ita rectè Iohannes Oldendorpius *classe 4. actio. 25.* ac secundum hæc intelligendus est Vlpianus, cum in *dict. l. 3. paragr. penultimo. de Negotiiis gestis* scribit; Non tantum eum qui spontè, & nulla necessitate cogente, immiscuit se negotiis alienis, sed & eum qui necessitate aliqua urgente, vel suspitione opinioneve necessitatis gessit, teneri negotiorum gestorum. Sub hac enim distinctione accipere debemus: ut primò quidem casu detur Directa actio, sed reliquis duobus casibus Vtilis. Sic alibi quoque tametsi simpliciter nominetur *Negotiorum gestorum actio*, tamen subaudienda est *Vtilis*; ut in *l. 4. militia armata. Cod. qui dare tutores vel curatores possunt*, & apud Paulum libro primo. *sentent. titulo quarto. §. qui cum tutor, ubi Cuiacius hoc notat.* Quamquam hæ duæ actiones, Directa & Vtilis, ejusdem sint potestatis, eundemque habeant effectum: ideoque non intersit hodiè, ultra quis experiatur, *l. 47. Actio negotiorum. §. 1. digest. de negotiis gestis.*

Hæc de Tutela & Cura ideò paulò plenius tractare volui, quod argumentum illud valdè sit uile ac frequens, ac propemodum quotidianum. Deinceps ad alium quasi contractum pergamus.

CAPVT DVODECIMVM,

DE NEGOTIIS GESTIS.

Precessit unus quasi Contractus, Tutela scilicet: ubi vidimus, quid regulariter præstari debeat à tutore: & quæ actiones ex tutela, ejusve occasione nascantur. Sequitur in lege nostra alia Quasi contractus species videlicet *Negotia gesta*: De hac specie agitur in *Institut. §. 1. de oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur*, & *l. 5. in princ. ff. de oblig. & act. & l. 1. ff. & C. de negotiis gestis.*

Initio autem diligenter separanda est *Negotiorum gestio* à *Mandato*: cum quo cognationem habet, & quidem tantam; ut sæpè dubitatum sit à Ictis, an daretur *Mandati actio*, an *Negotiorum gestorum*. Discernendus quoq; est *Negotiorum gestor* à *Mandatario* sive *Procuratore*. Differunt enim 1. in eo, quod *Mandatum* sit verus & proprius contractus: *Negotiorum gestio* autem est q. contractus sive improprius; ut appellare mavult Dn. Vulteius. Interdum tamen *Negotiorum gestio* absolute dicitur contractus, ut bis fit in *unal. 16. sed & cum aliquis ff. de neg. gestis*, & in hac ipsa *l. nostra*: quomodo & tutela contractibus annumeratur à Paulo in *l. 49. Ex contractibus. digest. de obligat. & act.* Sed hoc fit abusive, & in

Et in latiore significatione vocabuli tractatus, de quo & suprà admonui. 2. Negotiorum gestor propria voluntate constituitur, & propria etiam voluntate definit, l. 20. *Tutori. Cod. de Negotiis gestis*: unde etiam *voluntarius procurator* appellatur, apud Ciceronem & Ictos. Sed Mandatarius sive Procurator proprie & absolute sic dictus, alterius mandato constituitur. *t. t. ff. Mandati, & Institut. tit. de mandato*. Etsi autem ab initio cuilibet liberum est mandatum non suscipere, tamen susceptum consummandum est, §. *Mandatum Institut. d. t.* nec potest qui id suscepit deferere officium promissum. l. 27. *si quis. §. qui mandatum. 2. ff. mandati, & l. 17. In commodato. §. 3. sicut. digest. commodati: & facit l. 5. sicut. Cod. de obligat. & act.* Ex quo apparet hoc genus procuratorum necessarium esse, non voluntarium, ut & Cuiacius admonuit in *paratitl. Codicis*. Non enim potest Mandatarius quando vult, desinere: sed in Negotiorum gestore proprie voluntas finem administrationis facit, ut ajunt Imp. in l. 20. in princ. *C. de negotiis gestis*, Quod tamen intelligendum est cum illo temperamento, quod tradidit Paulus in d. l. 17. *ff. commodati*, & idem Paulus in l. 21. *Nam & Servius. §. 2. si vivo. digest. de negotiis gestis*. Nempe, ne impudenter deserat inchoata quę peritura sunt; quia alius attingere noluit, semel ab alio inchoatam: Sed quoddam ad alia nova & separata negotia, verissimum est quod in *allegata l. 20.* dicitur. Ea enim attingere & gerere nemo cogitur, etiam si alia gesserit. Ratio ibidem additur humanissima & æquissima: quia satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur, vel in una specie, inquit Papinianus in l. 39. *tutores. §. 2. qui negotiis. digest. de administrat. tutor.* quem Imp. in l. 20. imitantur, sicut alibi quoque libenter solent Papiniani verba imitari, ut exemplum est in *signe in l. 17. sularium. Cod. Mandati*, quę ferè ad verbum est desumpta ex l. 56. *ff. eodem*. 3. Mandatarius obligatur etiam, antequam quicquam gerere cœperit ex negotiis alterius. l. 6. §. 1. *ff. mandati*, Sed Negotiorum gestor non ante obligatur quam quid gerere cœperit, Cuiacius in *parat. C.* Itaque in Mandato nascitur obligatio ex nudo consensu, sed in Negotiorum gestione non nisi ex re, id est ipsa administratione negotiorum. 4. Differunt etiam genere actionum: Nam ex Mandato nascitur actio Mandati directa & contraria, *t. t. ff. & Cod. Mandati vel contra*. Negotiorum vero gestorū hîc non datur, ut disertè scripsit Vlpianus in d. l. 6. §. 1. *ff. Mandati* sed ex Negotiorum gestione competit actio Negotiorum gestorū; Mandati vero cessat. d. l. 6. §. 1. *Mandati, & l. 5. ff. de negot. gestis*. Nisi cum quis proposuisset gerere alterius negotia, accesserit mandatum domini illorum: tunc enim utraque actio datur. l. 3. §. ult. *de negot. gestis*. Nec obstat l. 16. *fi negotiorum. C. de neg. gestis*, ubi datur & Mandati & Negotiorum gestorū actio inter fratrem & sororem, cuius negotia ille gessit. Respond. dari quidem utramque actionem, sed ex diversis causis, & alio atque alio casu. Mandati enim, eâ mandante vel rogante. Negotiorum verò gestorū, si frater negotium sororis gerens, pro ea solverit, nempe cū illa nihil ipsi mandasset. Relatio enim diversarum clausularum alicujus legis, apta & convenienter ad sua membra, non ad aliena facienda est. Posset etiam dici, in d. l. 16. contineri similem casum leg. 3. §. ult. *ff. eod.* atque ita exceptionem. Interdum tamen fit, ut mandatum quidem in-

terve-

tervenerit, & tamen non datur inde actio Mandati, sed Negotiorum gestorum. Exemplum est in l. 19. *Atque natura*. §. 2. *si libero homini*. ff. de Negotiis gestis, ubi proponitur bonæ fidei possessor mandasse libero homini bona fide possessio, ut negotia sua gereret: is gessit: & tamen non tenetur Mandati, sed Negotiorum gestorum. Hoc idem, quia talis non libera voluntate mandatum exequitur (quocasu proculdubio daretur Mandati actio) sed quasi ex necessitate servili. Ignarus enim suæ conditionis, putat se esse servum, & debere domino suo in omnibus obedire. *argument. l. ad ea. 157. infra h.t. de Regul. Iuris*. Sic etiam fit quando alius quam dominus mandavit. Nam tunc quoque datur domino non Mandati actio; sed Negotiorum gestorum. Similiter si quis errore ductus putavit sibi mandatum esse, cum non esset mandatum. Quinta differentia est hæc: quod actio Negotiorum gestorum (contraria videlicet) datur etiam in ignorantem & invitum. l. 2. & l. 39. *solvendo*. ff. de negot. gest. etiam in pupillum & furiosum. l. 3. §. *et si furiosi*. & l. 6. in princip. cum l. 21. nam & *Servius*. §. 1. *digest. de negot. gest.* Nam ne pupillus quidem vel furiosus locupletari debet cum alterius damno & jactura: id quod fieret, si nulla actio daretur negotiorum gestori adversus tales, ad repetendas impensas pro ipsis factas. Sed mandati actio non datur in invitum & ignorantem: quia mandatum est contractus qui consensu fit, ut notum ex Instit. Ignorantes autem & inviti non consentiunt, sicut neque errantes. His accedat & sexta differentia. In Mandato venit dolus, & lata & levis, & levissima culpa: sed in Negotiis gestis levissima culpa non venit: de qua controversia paulò latius dicam infra.

Hic opportunè illud queritur, an ex ratihabitatione, h.e. si quis id quod sine suo mandato gestum est. postea approbet ac ratum habeat, datur actio Negotiorum gestorum, an vero Mandati. Hac de re sunt Leges in speciem contrariæ. Nam Ulpianus in l. 60. *h.t. nostro* disertè dat Mandati actionem. Contrà Imp. Antoninus in l. 9. *si pecuniam* *Codic. de negot. gestis*. & in l. 3. *Cod. de contrahen. & committend. stipulatione*, dat Negotiorum gestorum actionem: sicut etiam Iulianus in l. 6. §. 9. *item queritur*. ff. de Negot. gestis. Multa turbant interpretes, ut hanc antinomial concilient, & Glossa ipsa valdè se hîc torquet, quatuor adferens solutiones diversas. Cuiacius putat utramque actionem competere, tam Mandati, quam Negotiorum gestorum, ita ut in arbitrio sit domini negotiorum, utrâ malit experiri. *argument. l. 5. de eadem re*. ff. de exceptione rei judicata. Mihi videtur simplicissima & verissima explicatio, quam à Domino Giphano didici in *commentar. Codicis ad d. l. 3. Cod. de contrahen. & committend. stipulat.* nempe ut distinguamus inter ratihabitationem præsentis & absentis: & ex ratihabitione præsentis demus actionem Mandati: sed ex ratihabitione absentis demus actionem Negotiorum gestorum: quæ distinctio confirmatur per ipsam leg. 3. in verbis: *in personam ejus absentis*. &c. Et ratio differentiarum inter absentem & præsentem hæc est, quia in eo qui præsens ratum habet, potest locum habere illa fictio, quasi videatur mandasse: qui verò absens ratum habet, in eo talis fictio non valet, quæ mandatum tacitum intervenisse possumus interpretari aut intelligere, *argument.*

l. 22. si mandaverit. §. 10. si curator. digest. Mandati. Vbi contra curatorem bonorum, qui vendidit nec solvit creditoribus, datur actio Mandati præsentibus: Sed Negotiorum gestorum, absentibus. Similiter ex fidejussione pro absentibus datur actio Negotiorum gestorum: ex ea verò quæ pro præsente & patiente interposita est, Mandati actio competit. *l. 6. §. 2. si passus sum. & l. 18. qui patitur. & l. 20. ex mandato. §. 1. ut l. 53. qui fidei aliterius. digest. Mandati.* Et universè, magnam in toto Iure differentiam constituit absentia & præsentia: ut præclare demonstrat Giphanius *dist. 100.* Et hæc hæcenus de differentiis Negotiorum gestio- nis & Mandati.

Porro differunt etiam Negotia gesta à Tutela (cum qua hoc habent commune, quod utrobique negotia alterius administrantur: utrobique etiam obligatio quasi ex contractu oritur) in his potissimum. 1. Negotiorum gestio est voluntaria sive spontanea: sed Tutela est necessaria. 2. Negotiorum gestio plerumque est singularis, rarissimè verò universorum bonorum: Tutela est universalis: Nam tutor datus ad universum patrimonium datus esse creditur: ut ait Imperator in *§. datus. Institution. de excusation. tutorum.* Vnde fit, ut Tutelæ iudicium sit universale, sed Negotiorum gestorum singulare. 3. Ex Negotiis gestis contrahitur obligatio inter dominum rei, & negotiorum gestorem: Ex Tutela verò inter tutorem & pupillum. 4. denique differunt generæ actionum: Ex Negotiorum gestione, oritur actio Negotiorum gestorum, ex Tutela actio Tutelæ; & aliæ concurrentes, de quibus diligenter exposui, *suprà capite precedente.* Placet autem quod eleganter scribit Cujacius in *parat. Cod. de negotiis gestis.* ex alienorum negotiorum gestione, oriri hanc pleiadem actionum, id est, hunc septenarium. 1. Mandati: 2. Tutelæ: 3. Protutelæ: 4. Funerariam: 5. De in rem verso: 6. Actionem in factum ex edicto de rebus auctoritate iudicis possidendis. 7. Negotiorum gestorum, vel simpliciter Actionem negotiorum. Deinde & alias actiones omnes quæ sunt ex contractu vel quasi, dici esse ex negotio gesto: veruntamen hanc solam de qua agimus sibi vindicasse nomen generis, ut quasi *καὶ ἐξ ὧν*, appellatur Negotiorum gestorum actio.

His præmunitis, nunc videamus quid præstandum sit in negotiorum gestione REGULA hæc est: Negotiorum gestio ex natura huius quasi contractus recipit dolum & culpam: ut hic lex nostra, id est: Negotiorum gestor obligatur ei cuius sunt negotia, ad præstandum dolum, & latam culpam, ac levem: non etiam ad levissimam: & multò minùs ad casus fortuitos. Probatur hæc regula præter fundamentum legis nostræ, & per *l. 11. si negotia. digest. de negot. gestis*, ubi scribit Pomponius, si negotia absentis & ignorantis geras, & culpam & dolum præstare debes. Sæpè verò jam admonui, culpam simpliciter positam, denotare culpam levem: & sub doli appellatione comprehendi in contractibus, & quasi, etiam latam culpam. Probatur deinde eadem regula per rescriptum Impp. in *l. 20. tutori. Cod. de negotiis gestis* ubi ajunt, super his quæ ultrò quis administravit, necesse eum habere, non tantum dolum & latam culpam, sed & levem præstare. Qui-
dam

dam etiam ducunt argumentum ex l. 25. *heredes. §. non tantum dolum. 26. digest. fam. l. hercisc.* Sed hoc infirmum & alienum est, cum ibi non agatur de negotiis gestis, sed de communi hereditate: imò negatur cohæredibus actio negotiorum gestorum; cum sufficiat ipsis actio familiæ herciscundæ: de qua infra dicetur, quod cohæres ibi similiter præstare debeat dolum & culpam. Contenti igitur sumus datibus illis legibus quibus nihil clarius dici potest pro sententia nostra, dubias autem & obscuras probationes missas faciamus. Melius & firmitus argumentum sumere licebit ex l. 7. *quicquid. Cod. arbitrium tutela*, ubi in iudicium utile negotiorum gestorum, quod datur contra curatorem (ut *supra capit. precedent. diximus*) ajunt Imperatores venire quicquid dolo vel lata culpa vel levi factum sit. Si ergo ista veniunt præstanda in actione Utili negotiorum gestorum, utique multo magis etiam in Directa, atque ita in qualibet ejus specie: Videbatur dicendum, satis esse si Negotiorum gestor tantum præstaret dolum, exemplo videlicet depositarii: quia sicut in contractu depositi, sic etiam in hoc quasi contractu negotiorum gestorum, nulla vertitur utilitas negotium gerentis alienum; sed totum redundat ad utilitatem domini cujus sunt negotia. Iam verò in ejusmodi contractibus dolum præstatur solus, ut est in l. 5. §. 2. *nunc videndum. ff. commodati*, ut latius supra exposui. Sed dicendi ratio in contrarium, ut, inquam, præter dolum etiam levem culpam recipiat Negotiorum gestio, hæc est: quia si non præstaretur levis culpa à negotiorum gestore, tunc futurum esset, ut magnis damnis sæpe afficeretur res familiaris absentium atque ignorantium, per aliorum temerariam audaciam, qui ipsorum rebus se immiscuissent. Neque par est ratio Depositarii, & Negotiorum gestionis. In illo enim depositarius eligitur à deponente, qui fidem ipsius sequitur: sed hic negotiorum gestor non eligitur à domino cujus sunt negotia, sed ipse ultro se offert, ad eaque administranda accedit. Proinde de se conqueri debet is qui deposuit, si diligentior non quaesierit vel elegerit, cui depositum suum committeret; de domino autem negotiorum absente, non potest idem dici; utpote ignorante à quo negotia gerantur. Nam ignorans non consentit neque contrahit, ut est in l. 5. in princ. *digest. de obligat. & actio.* non est igitur mirum, si in Deposito non eadem culpa præstetur, quæ in Negotiorum gestione; sed in hac aliquid amplius, quam in illo. Quamvis alioquin quo ad utilitatem, quæ ad dominum negotii, & ad deponentem, ex his contractibus redundat, nihil differant. Illud non est omittendum: quod etiam depositarius, si se obtulerit ad recipiendum depositum, non rogatus esset; teneatur in plus, quàm ex naturâ contractus regulariter teneretur, ut supra dixi *sub cap. de deposito, inter exceptiones.*

Exempla doli & culpæ quæ negotiorum gestor præstare cogitur facilia sunt, & ab unoquoque in lectione Pandectarum observari possunt.

Sed ei quod diximus, *Negotiorum gestorem non teneri ad levissimam culpam præstandam*; nonnulla videntur obstare: & quidem adeò fortiter; ut etiam quosdam eximie auctoritatis viros in illam adduxerint sententiam, qua contrarium

Y 2 tene-

tenetur; videlicet in hoc iudicium negotiorum gestorum venire etiam levissimam culpam: inter quos est Ant. Contius *ad hanc legem*, & Dn. Herm. Vultei, *In disceptat. scholast. cap. 15.* Erit igitur operæ pretium singula examinare, quantum habeant momenti.

Prima igitur objectio sumitur ex comparatione Mandati, cum similima est negotiorum gestio; ut supra quoque dixi. Cum igitur mandatarius præstet etiam levissimam culpam, ut supra demonstravi *sub cap. de Mandato, ex l. in rem mandata. 21. Cod. Mandati*, quid ni eodem jure utamur etiam in Negotiorum gestore? ut scilicet quoque levissimam culpam præstet. Nam ubi eadem est ratio, ibi idem jus statui debet, *l. illud. digest. ad L. Aquiliam.* Sed hoc notandum est Non per omnia similem esse Negotiorum gestionem Mandato, vel Mandatarium per omnia æquiparari Negotiorum gestori; imo differunt. 1. in eo, quia Negotiorum gestor ultrò & ex puro affectu impulsus accedit ad negotia absentis, unde in ipso summa præsumitur benevolentia, & maxima propensio ac prothymia, ut Plauti utar vocabulo, ad procuranda absentis commoda: cui consequens est, ut amicus absens contentus esse debeat, si levem culpam præstet. Sed Mandatarius non tanta videtur præditus esse benevolentia aut munificentia: cum non nisi iussus vel precibus adductus aliena suscipiat negotia; quæ alias fortasse nunquam attigisset: Quamobrem arctius hunc quàm illum obligari voluerunt legum conditores. Deinde in eo est differentia: quia cum tibi mandarem, ut negotia mea gereres, te recusante ad alium ire potuissim cui rerum mearum procuratorem commendassim, nec propterea deserta jacuissent negotia mea, etiam si tu non recepisses illorum administrationem: Sed absentis & ignorantis negotia periissent, si tu ea non suscepisses. Quare non debeo nimium te gravare, & ad levissimam quoque culpam præstandam adigere: sed contentus esse, si mihi præstes dolum, & latam ac levem culpam. Si vero negotiorum gestores scirent sibi levissimam quoque culpam præstandam esse: nemo facile aliena absentium negotia attingere auderet: videlicet metuens illud periculum tam arctæ obligationis ad culpam etiam levissimam: quæ res absentium utilitatibus maximopere adversaretur: atque ita in favorem ipsorum inductum, in odium eorundem converteretur contra *l. quod favore. C. de Legibus.*

Objicitur secundo auctoritas Iustiniani in *§. 1. vers. sicut autem Institution. de obligationibus quæ quasi ex contractu.* ubi qui negotia gessit aliena, compellitur rationem reddere ad exactissimam diligentiam: & additur, non sufficere eum talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quibus verbis certè manifestum est, singulari ex opposito, levissimam culpam præstandam esse à negotiorum gestore. Et putant doctissimi viri, quod alibi ut in *l. 11. digest. de negotiis gestis*, & in *l. 20. Codic. eodem tit.* omissum est, de levissima culpa; hoc ex loco isto Institutionum supplendum esse. Etsi autem non inviti fatemur, sæpe in una lege omissum, ex alia esse addendum: tamen hoc loco id non admittimus, sed potius respondemus, antecedentia cum consequentibus.

quentibus conjungenda, neque particulam aliquam ex contextu excerpendam omittis cæteris: quod incivile esse pronunciat Celsus in l. 24. ff. de Legibus. & eleganter in eandem sententiam differit Apulejus in apologia pro se ipso. Iam verò sequitur mox in eod. §. 1. Institut. d. i. modò alius, diligentior eo, commodius administraturus esset negotia. Ex qua limitatione satis intelligimus hanc esse exceptionem: neque eo loco tradi regulam. Alioquin antinomiam inducemus inexplicabilem inter Legeſ supra nominatas, & illum ſum Institutionum. Nullo autem modo, quod pace Antonii Contii dixerim, addendum eſt legibus illis ex loco Institutionum, venire quoque exactiſſimam diligentiam regulariter: h. e. leviſſimam quoque culpam ſemper eſſe præſtandam. Conſentit nobiſcum etiam Antonius Delrio ad hanc legem, cap. 14. ſub titulo Analogica interpretationis quam vocant.

Tertiò obijcitur, quod ab eo qui negotia adminiſtrat exigimus, ut ſit vir diligens, ut eſt in l. 6. §. ſin. ff. de Negor. geſtis. Sed iſa quo diligentia exigitur, debet etiam leviſſimam culpam præſtare, ut ab omnibus traditur Interpretibus ad hanc legem noſtram, in verbuſ: in huſ quidam & diligentiam. Reſpondeo 1. Diligentia diſtinctos eſſe gradus. Alia enim eſt ad communem hominum modum: alia eſt, quantam quiſque ſuis rebus adhibet, alia denique eſt diligentiſſimi patrifamiliâs, ſive exacta & exactiſſima. Neque verum eſt omnes, quibus exigimus, ut ſint diligentes quoquo modo, ſtatim etiam præſtare leviſſimam culpam. 2. Quod ſi cui hæc ſolutio minus arridet, poſſumus etiam interpretari illum §. ſin. dict. l. 6. de caſu excepto, nempe cum quiſ negotia aliqua geſſit; aliqua non attigit, quæ alius vir diligens geſſiſſet, vel quæ alius noluit ſuſcipere contemplatione illorum quæ aliis occupavit. Quomodo illum paragraphum etiam ab Antonio Delrio accipi poſtea vidi.

Quartò opponitur autoritas Imperatoris Philippi in l. 24. ſi mater. C. de uſur. ubi dicitur matrem quæ negotia filia ſua geſſerit omnem diligentiam præſtare debere. Neque hoc ibi de matre ideirco dicitur, quaſi non idem eſſet in aliis negotiorum geſtoribus, & ſpeciale in matre: ſed ideò, quia talis facti ſpecies Imperatori erat propoſita, ad quam proinde reſcripſit: idem de quavis alia perſona quæ negotia aliena adminiſtraſſet, reſcripturus, ſi de alia fuiſſet conſultus. Si ergo quivis negotiorum geſtor omnem diligentiam præſtare debet, utique etiam exactiſſimam: quia qui omne dicit, nihil excludit: ſi exactiſſimam diligentiam præſtat, Ergò etiam ad leviſſimam culpam obligatur. Reſpond. Cum verba ſint accipienda ſecundum ſubjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur: & verò omni natura negotiorum geſtionis ea ſit, ut regulariter in ea nihil præſtetur ultra levem culpam: etiam illa verba, omnem diligentiam non aliter accipi debere, quam de illa omni diligentia, quam recipit ſive admittit huius quaſi contractus natura, & conditio: illa autem non recipit niſi communem quendam, & medioerem diligentiam, qua levi culpa opponitur, non leviſſimæ. Quæ cum ita ſint; nihil neceſſe eſt ut fugiamus ad aliam quoque ſolutionem & explicationem, qua non nullos uni video: nempe ideò matrem fortaſſe in d. l. 24. teneri etiam de leviſſima culpa ſecundum §. primum Institutionum, quia diligentiores alii cum matre con-

current; qui gessissent, nisi mater ipsis prævenisset ac prælata fuisset. Hæc enim mera divinatio. Illud potius in dicta lege 24. animadversione dignum puto Ab Imperatore ibi non reddi veram & propriam atque adæquatam rationem, quare mater, quæ negotia filiarum suarum gessit, compellatur præstare usuras. Nam usurarum præstatio non pendet ex eo, quod hæc vel illa diligentia, hæc vel illa culpæ species, in tali contractu præstanda sit. sed potius ex eo, quod negotium, de quo agitur, sit bonæ fidei, & quod mora sit commissa: quæ ratio verius redditur ab Alexandro Imperatore in lege tertia, In bonæ fidei. Cod. eodem titulo. sc. de usur. & in l. mora. 32. §. In bonæ fidei. digest. de usuris. & in l. 37. Et in contraria. eodem titulo, de usur.

Quinta obiectio sumitur ex lege undecima, si negotia, versicul. sed Proculus, ff. de negotiis gestis. sic videlicet argumentando: Pomponius ibi mentioni culpæ statim subjicit questionem de casu fortuito præstando. Ergo voluit sub appellatione culpæ intelligi non modò levem, sed & levissimam culpam. Probatur consequentia: quia alioquin fieret saltus à culpa levi ad casum fortuitum; omissa intermedia culpa levissima; quod esset absurdum. Respond. Nihil necesse esse, ut qui mentioni culpæ statim subjicit casum, etiam de levissima culpa in præcedentibus egerit. Neque absurdus est ille transitus, qui fit immediatè à culpa levi ad casum fortuitum: id quod in multis legibus fieri manifestum est. Neque enim qui de casu fortuito quaerit, idem etiam necessariò de omnibus culpæ speciebus eodem loco quaerere debuit.

Sextò & ultimò affertur etiam §. penult. Qui pro usu. Inst. de Locat. & Conduct. Qui tamen quid ad rem faciat, equidem non video: cum nihil ibi agatur de Negotiorum gestione, sed tantum de Locatione & Conductione. Hæc de levissima culpa sufficiant.

De casu fortuito, quod is à Negotiorum gestore regulariter non præstetur, satis probatur, tum ex generali regula tradita in lege sexta Cod. de pignoratitia action. quæ fortuitis casibus accidunt, in nullo bonæ fidei iudicio præstantur. Iam verò certum est, Negotiorum gestorum esse bonæ fidei. paragraph. Actionum. Institut. de Actionibus. l. 13. In bonæ fidei. Cod. de usuris. & l. 37. & in contraria. digest. eodem titulo de usuris. & hic in lege nostra. versic. animalium verò casus: tum in specie idem probatur per l. 22. Negotium. Codic. de negotiis gestis. item per l. 22. sive hereditaria. ff. cod. Quæ cum ita sit, non obstantibus superioribus objectionibus, firmiter inhaerentes regulæ, statuamus negotiorum gestorem ex natura hujus quasi contractus, & regulariter ultra dolum & latam ac levem culpam, nihil præstare compellendum.

Sed ab hac regulæ quædam sunt EXCEPTIONES. Nam aliquando tantum dolum præstatur à negotiorum gestore: aliquando etiam levissima culpa: denique aliquando quoque casus fortuitus: ut ex sequentibus innox patebit. Sit ergò hæc prima exceptio: Si quis affectione coactus erga absentem, negotiis ejus se obtulerit, ad impediendam immiſsionem in possessionem bonorum ejus, vel etiam distra-

ctionem

tionem illorum: cum in eo res esset, ut vel immissio adversus eum decerneretur, vel ut bona venderentur ex edicto. l. 3. §. *Interdum. 9. ff. de negotiis gestis*, ubi ait Ulpianus hanc Labeonis sententiam habere æquitatem. Est autem illa æquitas in eo evidenter posita, quod talis negotiorum gestor, singulari affectione & pietate atque commiseratione ductus, sovendo absentis creditori, avertit à rebus absentis summum quod ei imminerebat periculum: de quo etiam videri potest l. 37. ff. *de usuris*. Quocirca satis visum est, si præstet dolum duntaxat: nec debet quicquam præterea ab eo exigere dominus negotiorum: qui potius magnam ei gratiam pro illa singulari affectione ut habeat, æquum est. Nam si absque illo fuisset, pati debuisset immissionem in possessionem bonorum suorum & horum distractionem: atque ita ferè omnibus suis fortune eversus fuisset: non sine aliqua ignominia, quæ bonorum venditionem comitari solet, ut notum est etiam ex Cicerone in *Oratione pro Quinctio*. Sub dolo autem hic quoque culpam latam intelligimus, ut semper in contractibus.

Secunda exceptio est de levissima culpa: hanc videlicet tunc præstandam esse à negotiorum gestore, quando alius eo diligentior commodius administrasset res absentis. *paragraph. primo Institution. de obligation. quæ quasi ex contract. nascuntur. & l. 6. §. fin. digest. de negotiis gestis*. Ratio hujus exceptionis est, quia si contrarium diceremus; hunc scilicet de levissima culpa non teneri: tunc iniqua conditio inferretur absentis per talem gestorem, qui hoc ipso, dum alios diligentiores exclusit, qui cum ipso concurrebant, sese obstrinxit ad majorem diligentiam, illam, quam regulariter præstitisset.

Tertia exceptio videtur sumi posse ex l. 6. §. 3. *sed & si quis. digest. de negotiis gestis*. ubi dicitur magis teneri actione negotiorum gestorum, qui non contemplatione domini negotiorum, & ad ipsius utilitatem, sed sui lucri studio & de prædandi causa improbe accessit ad negotia alterius. Si magis tenetur quam vulgaris aliquis negotiorum gestor: Ergo præstat aliquid ultra levem culpam; id est, etiam levissimam: credo etiam casum fortuitum. Ad hæc, inquam, ipse obligatur domino negotiorum: sed illum vicissim sibi non habet obligatum, nec potest agere ad recuperandum id, quod impenfarum nomine abest: sed tantum habet repetitionem ejus, quatenus locupletior inde factus est dominus. Ad quod quidem non tam actio negotiorum gestorum contraria ipsi dabitur: quam conditio sine causa vel similis aliqua: idque idè, ne locupletetur etiam dominus cum jactura gestoris, quantumlibet improbi & prædatoris.

Quarta exceptio est de casu fortuito: hunc scilicet præstari deberi à negotiorum gestore, si pacto speciali promiserit: se hunc præstiturum *lege vigesima secunda, negotiorum. Codic. de negotiis gestis, à contrario ejus legis sensu*. Ratio exceptionis est posita in vi pacti, quod legem dedit contractui, eumque sic transformavit à communi & regulari sua natura: Deinde qui pactum ejusmodi fecit quo etiam ad casum fortuitum se obstringeret, is suæ facilitati hoc imputare debet.

Quinta

Quinta exceptio item agit de casu fortuito: nempe si culpa vel mora præcesserit causam fortuitum, etiam hunc à negotiorum gestore præstandum esse. l. 22. sive hereditaria, vers. sed ita. digest. de negot. gest. à contrario sensu legis; nimirum, si ruina vel incendium sine vitio negotiorum gestor acciderit, non tenetur negotiorum gestor. Ergò, si ex vitio ipsius extiterit incendium vel ruina, quæ res, quas gerebat consumptæ sint, condemnabitur negotiorum gestor. Huc refero etiam l. 11. si negotia. ff. de negot. gest. ubi si quis novum & insolitum aliquod negotium nomine absentis gerat, quod ille facere solitus non erat: quicquid inde secutum fuerit damni, sequitur gestorem ipsum, non verò dominum negotii. Exemplum ibidem afferuntur duo: 1. Negotiorum gestor coëmit novitios aliquos venales servos, cum dominus absens nihil tale unquam solitus sit facere. 2. Aliquam novam negotiationem præter consuetudinem absentis iniit; damnum inde emergens ad ipsum redundabit gestorem. Cur ita? quia hæc quoque culpa præcedit illum casum sive damnum, idque merito gestori imputatur. Debit enim ab insolitis eiusmodi negotiis abstinere. Antonius Delrio hanc legem refert ad illas exceptiones, quibus negotiorum gestor levissimam culpam præstat. c. 14. ad hanc legem. sub tit. pragmatica interpretation. Sed rectius puto eam referri ad casus fortuitos, qui oriuntur ex præcedente culpa: Hoc tamen interim non nego, qui de casibus fortuitis tenetur, eundem etiam teneri de levissima culpa, & de damno inde emergente.

Est & Sexta exceptio, etiam ad casum fortuitum pertinens: nempe, si quis negotia pupilli gesserit. Nam pupillus nisi locupletior inde factus sit, non tenetur negotiorum gestorum contraria actione, quamvis gestor ipsi teneatur actione Directa l. 6. si pupilli. in princ. & l. 37. litis contestata. ff. de negotiis gestis. Videatur & Oldendorpius class. 4. act. 25. in princ. practica illius actionis, propositione 3. vers. casus fortuitus.

Dixi de Regula & de Exceptionibus eius: nunc reliquum est, ut de Actionibus ex negotiorum gestione nascentibus cognoscamus. Cum autem ex hoc quasi contractu alter alteri obligetur, tam scilicet dominus negotiorum, ei qui gessit quam gestor domino; actiones etiam ultrò citroque inter ipsos dantur. l. 2. ff. de negotiis gestis. §. 1. Institut. de obligat. quæ quasi ex contractu. & l. 5. in pr. ff. de oblig. & actionib.

Prima igitur est, Directa negotiorum gestorum actio: quæ competit domino, cujus negotia absentis sine ipsius mandato gesta sunt, adversus eum, qui gessit. Et quidem principaliter ad hoc, ut rationes actus sui sive administrationis & gestionis reddat: & ut restituat, si quid fortè ex rebus alterius penes se habet. Altera est, actio negotiorum gestorum contraria: quæ datur negotiorum gestori contra dominum ad repetendum, quicquid in rem eius utiliter impenderit, (unde etiam Actio sumptuum, à potiore videlicet denominata, dicitur in l. 20. sed an ultrò. in princip. ff. de negot. gest.) & ad consequendum omne id, quod hoc nomine abest, vel abfuturum est, negotiorum gestori: item si quam obligationem in se suscepit occasione gestionis, ut ea liberetur, & in summa, ut præstetur indemnitas. d. l. 2. & l.

que

quæ utiliter. 45. in princ. digest. de negot. gestis. Dixi; quicquid utiliter impenderit; Multo igitur magis datur hæc actio negotiorum gestorum ad illa recuperanda, quæ necessarii impenderit; id est, ad eas impensas, quæ si non fuissent factæ, res non potuisset esse salva, sed peritura fuisset. Non autem datur ista actio ad illos sumptus, quos quis voluptatis causa fecit, nulla urgente necessitate, nulla etiam proposita spe utilitatis. l. 27. Ex duobus fratribus. in fin. princ. digest. de negot. gestis. Hic obiter notandum est, in jure nostro tria esse genera impensarum: Sunt enim *necessariæ*: sunt *utiles*: sunt *voluptuariae*. *Necessariæ* impensæ sunt, quæ in se habent necessitatem impendendi, id est, quibus non factis res imminueretur vel deperiret, siue quæ ad ipsam rem conservandam pertinent, ut si quis insulam aliâs ruituram fulciat, &c. *Utiles* impensæ sunt, quibus res fit melior & fructuosior; tametsi etiam sine illis salva esse potuisset: ut si quis prædiis imponat pecora, atque inde stercoreando, faciat pinguiora, item si instituat novellatum, id est, seminarium novarum arborum: item si quis domui adjecerit pistrinum vel tabernam, item si servos curaverit bonis artibus instituendos, &c. Denique *voluptuariae* sunt, quæ voluptatis tantum vel rei exornandæ causa fiunt, cum neque ad conservationem neque ad meliorationem illius pertineant; v. g. Structuræ balnearum siue balnearum in prædio, item picturæ domus, item prætoria, Lusthäuser, &c. De hac distinctione impensarum, cujus utilitas latissimè patet, ac per plurimos juris articulos se diffundit, videatur l. 1. cum multis seqq. & serè tot. tit. ff. de impens. in res domales factis.

Sæpe autem ad hoc, ut detur negotiorum gestorum actio contraria, requiritur in Legibus, ut negotium utiliter sit gestum: unde ex contrario intelligimus, si non sit utiliter gestum, non dari hanc actionem. Quod tamen sanè accipiendum est: nimirum ita, ut sufficiat utiliter esse ceptum & gestum; quamvis eventum siue effectum non habuerit negotium: imò etiam si diversus fuerit exitus, hoc est, adversus & perniciosus. leg. decima, sed an ultro. §. 1. & lege duodecima, successor. §. final. leg. vicesima secunda, & leg. 45. quæ utiliter. digest. de negot. gestis. Nam casum adversum, qui sine sua culpa contigerit, non debet negotiorum gestor præstare, ut supra probavimus aliquot legibus, quibus addenda est l. fidejussor. 32. in fin. princip. digest. de negot. gestis. Sed quæret quispiam: Quomodo æstimabimus utilitatem negotii, ut scire possimus, dandane sit an deneganda actio: posset enim cavillosus & ingratus dominus negotii, tergiversari perpetuò & causari vel prætere, non esse utiliter gestum negotium: idque idè, ne cogatur reddere impensas. Respondeo cum Oldendorpio classe 4. act. 25. in pract. actoris. num. 2. versicul. sed quomodo probanda, &c. Non oportere sequi pravorum effectus partium: sed utilitatem colligi, ex eo, quod in commune solet prodesse, in simili negotio: aded ut non sit audiendus dominus diversum dicens, nempe sibi perniciosam fuisse illius negotii gestionem, nisi probet. Quò in argumentum allegari posse puto, l. 63. pretia rerum. ff. de L. Falcid. junctâ l. 33. si servum. digest. ad L. Aquil. Porro quæret quispiam, Quid si quis plus quàm oportet in negotia aliena impenderit? Respondet Paulus in leg. 25. si quis negotia. ff. de negot. gestis.

Z

Hunc

Hunc recuperaturum id tantum, quod præstari sive impendi debuerit. Puto autem hoc arbitrio iudicis relinquendum esse, ut definiat.

Cum autem negotiorum gestorum actio sit bonæ fidei: manifestum est, in utramque actionem tam Directam, scil. quam Contrariam, venire etiam usuras. De Directa actione, quod in illam veniant usuræ, est *l. 20. tutorum. in verb. cum usuris compelleretur reddere. Cod. de negot. gest.* Item *l. 31. liberto. §. 3. qui aliena in verbo. merito usuras bonæ fidei iudicio præstiturum. ff. de negotiis gestis.* Item *l. 24. si mater. C. de usuris.* De utraque conjunctim est *l. 19. Atqui natura. §. penult. non tantum sortem. ff. de negot. gest.*

Sed de Contraria negotiorum gestorum actione hic observandum est, aliquando eam dari ad repetendos sumptus: ut Primò; Si quis donandi animo fecerit sumptus vel solverit vel fideiussit pro alio. *l. 4. ff. de negot. gest. l. 12. si filius C. cod. tit.* Ratio est, quia cuius per errorem dati repetitio est, ejus consulto datæ est donatio; ut est in alia juris regula: Item, quia nemo potest consilium suum mutare in alterius detrimentum, & quod semel donavit, retractare. Secundò: Si quis pietatis jure ac respectu, sive pietatis munere functus, sive affectione ductus, de suo quid præstiterit vel impenderit pro altero; puta, in ipsius alimenta; cum esset pater, mater, vitricus, maritus libertus, &c. Exempla sunt in *l. 27. ex duobus fratribus. §. fin. & in l. 34. Neseñnius. digest. de negotiis gestis.* & facit huc in argumentum *l. 50. quæ pater. ff. familie herciscunde.* De quibus legibus videri potest quoque Hartmanni Pistoris lib. 1. *quæst. juris capit. 15. quæst. 15. (Item l. 5. Officio. & l. 11. Alimenta. l. 13. Quod in uxorem. & l. 15. si paterno affectu. Cod. de negotiis gestis.* Quales autem hic colligantur conjecturæ affectionis, pietatis, & necessitudinis, ex quibus præsumenda sit donatio, pulchrè docet Oldendorpius *dicta classe quarta. act. 25. in secunda defensione rei conventi:* ubi etiam agit de vi protestationis ab eo interpositæ, qui habet animum non donandi sumptus, sed repetendi, ex *dicta lege Neseñnius. ff. de negot. gest.* Tertiò: Negotiorum gestorum contrariam actionem ad sumptus recuperandos non habet is, qui impendit pro altero post ejus denunciationem sive testationem & Contradictionem ad prohibitionem specialem, ne res ipsius administraret. *l. fin. Cod. de negot. gest.* Vbi etiam videatur Cujacius in *parat. Codicis.*

Quartò: Cessat denique Contraria negotiorum gestorum actio in illo, qui improbè & deprædandi studio ad negotia alterius accessit: nisi locupletior factus sit dominus. *lege sexta, paragraph. sed & si quis, versicul. ipse tamen. digest. de negotiis gestis.* Vbi diligenter notandus est casus, quo Negotiorum gestorum actio non datur ultrò citroque: & est hæc exceptio adjungenda regulæ traditæ in *lege secunda eodem titulo & in paragrapho primo, Institut. de obligationibus, quæ quasi ex contr.*

Videndum restat de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS sive de REMEDIIS AFFINIBUS. Primùm igitur concurrat cum Negotiorum gestorum iudicio & Mandati actio. Exemplum est in *l. 3. §. fin. digest. de negot. gest.* Proposue-
rama

ram ego ultrò accedere ad negotia Titij administranda, quamvis nemine mihi mandante, ut illa gererem. (Mandatum hoc valet: potest enim etiam aliena tantum gratia fieri mandatum, ut est in l. 2. §. *aliena tantum. digest. mandati. & §. 1. Inst. de mandat.* ubi hoc ipsum affertur exemplum, veluti, si mandem, ut Titij negotia gereres,) hoc casu queritur: quænam detur actio? Mandatine an Negotiorum gestorum: videbatur sufficere Negotiorum gestorum, quia inspecto initio propositum mihi fuerat Titij negotium gerere mea sponte: quare non videtur attendendum mandatum, quod quasi ex supervacuo à te advenit, vel interpositum est. Veruntamen, quia tutius est plura habere remedia ad jus suum consequendum (ut melius duo defendunt retinacula navem; secundum Ovidium,) responderet Marcellus, utramque actionem habere locum, id est, agi posse & Negotiorum gestorum adversus dominum, cuius negotia fuerunt: & Mandati quoque contraria, adversus eum qui mandavit. Additur ibidem etiam alterum exemplum de illo Negotiorum gestore, qui fideiussorem pro obligatione absentis accepit. Nam is quoque duplicem habet actionem videlicet Negotiorum gestorum, contra dominum absentem: & Mandati contra fideiussorem. Similis concursus actionum Mandati & Negotiorum gestorum in l. 14. §. *mandatum. C. de negot. gestis.* ubi Mutianus Rufus gesserat negotia mariti simul & uxoris ejus: mariti quidem, secutus mandatum ipsius; uxoris verò, sine mandato uxoris, quamvis maritus fortè suo mandato & propria & uxoris suæ negotia fuisset complexus. Quarebatur: quænam actiones ex tali gestione nascerentur? Respondet Alexander; Mulieri quidem & gestori invicem competere actionem negotiorum gestorum: mulieri scil. Directam; gestori verò Contrariam, si quid fortè supererogaverit, i. e. si quos sumptus fecerit.

Ad hunc concursum istarum duarum actionum referri quoque debet l. 27. Nam & Servius. §. *fin. ff. de negotiis gestis.* ubi Lucius Titius negotia mea te mandante, & quidem non rectè gessit, ut sua negligentia mihi aliquid damni daret. Habes actionem Mandati: Ego autem contra te habeo Negotiorum gestorum actionem; non in hoc tantum ut cedas mihi actionem, quam habes contra Lucium Titium: sed etiam ut præstes mihi quicquid accepi detrimenti illius mandatarii tui Lucii Titij negligentia in negotiis meis. Dicit aliquis: hoc iniquum esse, ut de alterius negligentia alius teneatur, eamque præstet. Huic objectioni occurrit Paulus ibidem, in verbis; *quod imprudenter eum elegeris.* Non tam igitur ipse mandator ex aliena negligentia obligatur, quam ex propria imprudentia: & videtur ipse damnum dedisse, quod dedit is, quem imprudenter elegerat: quia quod quis per alium facit, ipse fecisse videtur. Deinde habet regressum iste mandans contra mandatarium actione mandati, de eo, quod hoc nomine præstare coactus fuerit domino negotiorum.

Secundò, Concurrit cum actione Negotiorum gestorum, etiam actio Ad exhibendum, in casu l. 23. *heres. ff. de neg. gest.* ubi uxor seu vidua proponitur aliquas res mariti defuncti intervertisse: queritur, quomodo consulendum sit heredi

contra viduam? & respondet Papinianus, heredem non debere uxorem defuncti postulare crimine expilatae hereditatis; sed prudentius facturum, si cum eo agat Negotiorum gestorum, vel ad exhibendum. Sed cur non etiam crimen expilatae hereditatis hoc loco intentari potest? Ratio duplex est: 1. eadem, quae militat in actione furti inter conjuges denegata; cuius loco datur actio rerum amotarum: ut scilicet parcatur honori conjugis, imò & famae nec detur adversus eum famosa actio, qualis est furti. 2. quia uxor suscipitur socia rei humanae atque divinae domus; ut eleganter loquitur Gordianus, in l. 4. C. de crimine expilat. hered. significans consortium omnis vitae, divini & humani juris communicationem, ut ait Modestinus in l. 1. ff. de ritu nupt. Quae ratio sic explicanda est: Cum inter conjuges sit quaedam societas & omnium rerum communicatio; credendum est, uxorem, quae partis fuit domina, suo jure potius uti, quam criminis consilium inire voluisse. *argum. l. 51. Merito. ff. pro socio.* Notandum autem in d. l. 4. praeter actionem ad exhibendum, dari etiam actionem in rem, id est, rei vindicationem, videlicet si uxor rem ablatam adhuc possideat.

Tertio: alius est concursus in lege tricesima. Codic. de negotiis gestis. videlicet ubi frater de eo, quod solverit pro fratre coherede, potest praeter actionem negotiorum gestorum etiam iudicio familiae heriscundae experiri, & quantitatem illam consequi. Sed addunt Imp. si iudicium familiae heriscundae non sit jam semel redditum inter fratres: quasi dicant; jam semel redditum non amplius competit: Est enim iudicium universale, quod non nisi semel datur.

Quarto, alius concursus actionum est in l. 42. si servi. digest. de negotiis gestis. ubi praeter negotiorum gestorum datur etiam actio de peculio & de in rem verso, de quibus actionibus consulendus est titulus. Institut. Quod cum eo qui in aliena potest.

Quinto: Concurrit etiam cum actione Exceptio sive refutatio, sive pensatio, compensatio: id est, potest quis directam actionem negotiorum gestorum conventus, obijcere exceptionem compensationis, atque ita servare impensas, à se factas: idque ideo, quia cui damus actionem, eidem & exceptionem multò magis: ut sapè jam supra monui.

Sexto: Concurrit item petitio cautionis, ut est in l. 3. ff. de tutel. & rationibus distrab.

Septimo: est etiam affinis negotiorum gestorum actioni funeraria actio, hoc est, illa quae datur ad repetendas impensas in funus alicujus factas, de qua est in l. 12. si quis sepulchrum. §. 2. prator ait. digest. de relig. & sumtib. funerum. cum multis ll. seqq. sub eod. tit. Sed haec actio non datur, si quis aliam habeat actionem ad consequendam funeris impensam: v. g. si familiae heriscundae agere possit, &c: ut ita haec actio sit quasi subsidiaria: quales sunt & aliae in jure, quae tùm demum dantur, cum nullum aliud est remedium ad rem servandam. leg. 14. §. Labeo ait. ff. dist. tit.

Octavo: videtur etiam aliquando cum negotiorum gestorum concurrere actio communi dividundo: nimirum si quis in re communi aliquid praestiterit, Exempla.

Exempla sunt in l. 31. *liberto. §. si. & in l. 40. si communes ades. ff. d. negot. gest. v. g.* habebam tecum commune jus aquæ ducendæ vel hauriendæ; de quo cum moveretur controversia, ego solus commune jus amborum defendi, & sumptus feci in eam litem; vel cum ades tecum communes haberem, vicino nostris præstiti cautionem damni infecti. Hoc casu, quamvis etiam iudicium communi dividundo videatur competere adversus te, tamen dicitur, potius negotiorum gestorum actione peti posse, quod unus ex sociis pro altero præstiterit. Rationem reddit Paulus in d. l. 40. *inf.* quia potuerim ita defendere partem meam, ut socii partem non cogerer attingere; quasi dicat; cum ergò mea sponte negotium alterius gesserim à meo separatum, neque necessariò illi cohærens; consequens est, ut potius detur mihi Negotiorum gestorum, quàm communi dividundo actio. Atque hæc de concursu actionum cum negotiis gestis breviter monuisse sufficiant.

CAPVT DECIMVM TERTIVM,

DE SOCIETATE.

Restant ex Contractibus & quasi contractibus, ab Ulpiano in lege nostra enumeratis, explicandi duo: *Societas, & Rerum communio.* De illa sub hoc capite, de ista in sequenti breviter dicemus.

Initiò autem observandum est quàm accuratè veteres Iurisconsulti Latini inter hæc duo distinxerint, quæ in Græca lingua vix possunt discerni vocabulis. Nam utrumque fere apud ipsos κοινωνία & μετέχου, & interdum κοινὸν καὶ μετέχου dicitur. Sed Latini *Societatem* propriè appellarunt illam, ad quam constituendam inter duos pluresve consensus intervenit, sive quæ tractatu habito coitur, ut loquitur Ulpianus in l. 32. *Nam cum tractatu. ff. pro socio.* Papinianus, & ex illo idem Ulpianus vocant etiam *consortium voluntarium*, in l. 52. *cum duobus. paragr. 8. Idem Papinianus. ff. pro socio.* *Communione* autem rerum eam vocarunt, in quam sine affectione societatis & sine tractatu incidimus, l. 31. *ut sit. & l. seq. digest. pro socio.* sive quando aliquos conjunxit ad societatem non consensus, sed res, ut ait Paulus in l. 25. *heredes. §. non tantum. inf. digest. fam. her. c. sc.* Vbi notandum est, *societatis* verbum aliquando generaliter & impropriè usurpari etiam de rerum communione: sicut etiam *socius* abusive dicitur in §. *Item si inter aliquos. Instit. d. Obl. quæ quasi ex contr. nasc.* is cui sine societate res cum alio est communis, quod accidit, si duobus vel pluribus eadem res sit legata, vel donata, vel per fideicommissum relicta; vel si duo pluresve in eodem testamento sint heredes instituti. Nam cum coherede & collegatario non contrahimus, sed incidimus in eum: ut ait d. §. *non tantum*, quomodo & pupillus in tutorem incidere, nec cum eo contrahere dicitur, à Papiriano, in l. *fin. ff. rem pupilli salvam fore.* Videatur & l. 2. *digest. commun. dividund. & §. item si inter. Inst. de Oblig. quæ quasi ex contract. cum §. seq.* Ex his igitur apparet, *Societatem propriè dictam esse verum contractum*: at *Rerum communio.*

munitionem esse improprium contractum: quia scil. destituatur consensu & conventionem; quæ in omni verò contractu adesse debet. Nam hæc constituitur consensu & tractatu habito inter eos, qui contrahunt, sive consensus ille sit expressus, sive tacitus. Expressus est consensus, qui verbis declaratur, vel coram, vel inter absentes per nuncium, aut epistolam. Tacitus est, qui re: id est, si duo in communione collatis rebus simul negotientur: atque ita intelligendum est, quod ita Modestinus in l. 4. in pr. ff. pro socio. Societatem nos coire posse & re & verbis per nuncium dubium non esse. Non enim hoc vult Ictus, quasi societas re contrahatur, hoc est, ex eorum numero contractuum sit, qui re fiunt; de quibus est *titulus Instituitur, quibus modis re contrah. Oblig.* Non etiam vult, societatem contrahi verbis, quemadmodum stipulationem dicimus verbis contrahi. l. 1. ff. de Verb. Obl. item sicut olim verbis contrahebatur obligatio ex dotis dictione, teste Vlpian. in fragm. item Cajo in Instit. & iusjurandum liberti de operis patrono præstandis. Sed ea potius est inens Modestini, quam dixi; nempe, consensum, quo solo contrahitur societas, l. 2. in princ. digest. de Obl. & actionib. & Instit. in l. 2. d. Obl. ex consensu. & l. 19. qui amittitur. ff. pro socio. Consensum, inquam, hunc declarari aut verbis: (intellige, extra stipulationem.) aut re ipsa, rebus videlicet in commune collatis & negotiatione super ipsis instituta ipso facto, etiam si nihil dictum sit: aut denique per nuncium. Poterat etiam addere, aut per epistolam, sicut in d. l. 2. ff. de Obl. & Act. & in d. loco Instit. hæc duo conjunguntur, per epistolam & per nuncium. Nota est enim arguta sententia Epicteti: Epistolam esse tacitum nuncium; & nuncium esse epistolam loquentem: Quæ cum ita sint, paulo incommodius à Dn. Cujacio definitur Societas, in paratitulis Codicis. Quod sit *Conventio, qua inter duos pluresve aut verbis aut nudo consensu constituitur legitima communio. &c.* Quæ nisi ita intellexeris, ut consensus, quo solo contrahitur societas, certis istis modis declaratur, absurda erit. Neque tantum tacito consensu, ut dictum est, societas contrahi potest: verum etiam dissolvi tacito dissensu, sive renunciatione tacita: ut si socii separatim agere vel negotiari cœperint, & unusquisque sibi negotietur, cum prius communiter agere solerent. l. 65. Itaque. digest. pro socio. Differunt etiam Societas & Rerum communio actionibus inde ortis. Nam ex rerum communione datur tantum actio *Communi dividundo*, nunquam verò actio *pro socio*. l. 34. quib. casibus. digest. pro socio. Sed ex societate utraque actio dari potest, tam *communi dividundo* quam *pro socio*. l. 43. si actum sit. ff. pro socio. l. 1. & l. 2. ff. *communi divid.* qua de re infra, cum de actionibus quæ ex hoc contractu dantur, dicemus.

Illud hîc probe notandum est, quod major interdum sit vis improprii sive quasi contractus, quam veri. Exemplum est in l. 33. ut in conduct. ff. pro socio. Ibi enim pupillus ex societate sine tutoris autoritate non obligatur. l. 9. obligari. ff. de autor. tut. & Instit. eod. tit. Et tamen idem pupillus ex quasi contractu communione rerum, sive ex communiter gesto tenetur; quamvis non intervenerit tutoris autoritas. Ratio est, quia si diceremus pupillum non teneri, tunc locupletaretur cum alterius jactura, quod fieri non debet: facit huc l. 6. si pupilli. ff. de negot. gest. & l. 5. pupillus. ff. de autor. tutor.

Con-

Constitutis ad hunc modum & expositis differentiis inter societatem & rerum communionem, nunc præcipuas societatis DIVISIONES cognoscamus: Quarum 1. est ex materia sumpta: quod societas alia sit *universalis*, alia *particularis*; illa est omnium sive totorum sive universalium bonorum, vel, ut alibi dicitur, universalium fortunarum: hæc est certæ rei vel alicujus negotiationis. Divisio ista multis extat locis, ut l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 7. l. 52. cum duobus. §. 16. socium. & §. penult. l. 63. verum est. & l. 73. si societatem. digest. pro socio. & initio tit. Institur. de societate. Differt autem universalis societas à particulari. I. in eo, quod in priore communicanda sint omnia lucra, undecunque obvenerint alicui ex sociis: in altera verò non sunt omnia communia, sed tantum, quæ ex illa re sive negotiatione circa quam contracta est societas, proficiuntur. II. in eo differunt, quod in universali societate, omnes res sociorum statim communicantur, etiam sine speciali traditione; in particulari verò non nisi traditione interveniente res communicantur: neque omnes, sed tantum illæ, quæ in societatem deductæ. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro socio. Dices: Atqui Dominium rerum non transfertur contractibus neque pactis, sed traditionibus & usucapionibus l. 20. traditionibus. C. de pactis & l. 3. ff. de O. & A. §. per traditionem. Inst. de Rer. divis. Respond. Etiam hîc intervenit, traditio, sed ficta & præsumpta: id quod significatur in d. l. 2. dum ait, *tacita tamen creditur intervenire traditio*. Hæc autem traditio ficta idem operatur, quod aliàs vera & naturalis. Cui veram & naturalem traditionem hîc non requiramus, quia scilicet omnes & singulæ res ultro citroque tradantur & accipiantur; ratio est: quia illæ meræ essent ambages, quas legumatores, odisse atque averfari solent, ac potius studere compendio rerum agendarum: ne fiat per plura, quod potest per pauciora expediri: quam ob causam aliàs quoque excogitarunt Icti fictionem brevis manus, quam vocant. Accedit etiam, quod illa singularum rerum ultro citroque facienda traditio magnam in se contineret difficultatem, cui proinde remedium sua illa fictione Icti adhibere voluerunt.

Pro hac autem bimbri partitione Societatis (quam video etiam Wesenbecio probari in paratit. n. 3.) Vlpianus aliam etiam tradit quadrimembrem in l. 6. ff. pro socio: videlicet dividens societatem in eam, quæ sit universalium bonorum, & eam quæ alicujus negotiationis, & eam quæ vectigalis, & eam quæ unius rei. In hac divisione, ne quis fortè eam priori existimet adverfari, posteriora tria membra nihil aliud continent, quàm explicationem, sive subdivisionem societatis particularis.

Secundo dividitur societas in *privatam* & *publicam*, in l. 59. aded. in princip. & in l. 63. verum est. §. 8. in heredem. digestis pro socio. *Privata* est, quæ fit inter privatos & de rebus privatorum: *publica* vero, quæ fit de publicis, id est, de vectigalibus. Nam hæc appellantur per excellentiam *publica*. l. 33. ut in conduktionibus publicorum. ff. pro socio. & in l. 16. Eum qui vectigal. cum l. seq. §. 1. digest. de v. s. Et inde dicti sunt *publicani*, toto titulo. digest. de public. & *vectigal*: qui illa vectigalia à Censoribus populi Rom. conducebant ferè ad quinquennium, atque exercebant sui quæstus causâ, quod ut tanto commodius facerent, societates de illis

contra-

contrahebant inter se, ut præter jus Civile etiam ex Cicerone constat. Inter has duas species quid intersit, petendum est ex Vlpiano, in d. l. 59. In lege autem. 63. §. 8. ff. pro socio: ubi voluntaria societas à ICTo opponitur Societati vectigalium: quod sanè mirum alicui videri possit: cum certum sit, etiam vectigalium societatem, non nisi inter volentes publicanos contrahi. Habet autem societas vectigalium quædam peculiaria & inter cætera hoc quoque, quod etiam manente societate pro socio agi potest, secus quam in alia Societate privata. l. 65. actione. §. 15. nonnumquam. ff. pro socio.

Tertia divisio societatis, sumta à formâ seu modo contrahendi, extat in l. 1. ff. pro socio. nempe quod vel in perpetuum contrahi possit societas, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione. Sed primo hujus divisionis membro videtur ob stare, quod ait Paulus in l. 70. ff. cod. t. de nullâ societatis in æternum coitione: siquidem in perpetuum & in æternum idem valet. Respond. In perpetuum, ipso interprete ICTo in dict. l. 1. nihil aliud est quam dum, vel quod ad contrahentes vivunt; sed in æternum extenditur, etiam ultra mortem ad heredes & heredum heredes. Non possumus autem pacisci, ut heres quoque societati succedat. l. 59. adeo. in princ. ff. pro socio. Nimirum ne quis invitatus efficiatur socius illius, cui non vult, ut ait Paulus in d. l. actionem. 65. §. 11. societas. ff. h. t. Est & altera ratio, quia qui socium sibi adsciscit, is industriam ac fidem ipsius elegit; quæ etiam spectari solent in mandato, & in tutela, ac similibus: Cum autem ejusmodi dotes sint personales, cum personâ extinguuntur, nec ad heredes transeunt. Apparet, quod nullam esse in has leges pugnam. Hoc quoque notandum est de hac divisione, constatam esse illam ex duabus distinctis: quarum prima hæc est: Societas potest contrahi aut in perpetuum, aut ad tempus, aut ex tempore. Altera est: Societas alia pure contrahitur, alia sub conditione. Neque hoc novum est ICTis, ut ad hunc modum duas pluresve divisiones, vel etiam divisionem cum subdivisionibus in unam contrahant: cujus rei exemplum est & in allegatâ l. 6. ff. pro socio. & in tit. de pact. & alibi. Exemplum societatis sub conditione contractæ est in l. 75. si contra. & in l. seq. ff. pro socio: Contraho tecum societatem, eâ conditione, si Titius partes lucris & damni arbitratus fuerit sive definierit. Hic si fortè Titius morte præventus fuerit, priusquam arbitraretur, nihil agit: quia deficiente conditione deficit contractus sub ea factus. Nominatur etiam societas sub conditione contracta, in l. 6. ff. pro socio. & in l. 14. si convenerit. in princ. ff. pro socio. Apud veteres ICTos dubitabatur hac de re, utrum sub conditione societas coiri posset: Dubitandi rationem indicat Cujacius in parat. Cod. nempe sumtam à mancipatione, quæ in societate inesse videatur, & sit actus legitimus: quales actus non recipiunt conditionem neque diem, ut est in l. 77. Actus legitimi. D. de Reg. jur. de qua alibi copiosè dixi. Sed hanc Controversiam diremit Iustinianus in l. pen. C. pro socio. Ratio decidendi in d. l. penult. hæc redditur, quia voluntates legitimæ contrahentium omnino sunt observandæ.

Quartò videtur & societas dividi posse in eam, quæ sit honesta & licita; & eam quæ inhonesta, turpis, flagitiosa, v. g. qualis est latronum vel furum &c. quarum illa

illa sola valet; hæc nulla est. Nam delictorum turpis atque fœda communio est: & generaliter traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem. l. 53. & l. 57. ff. pro socio. Proindeque ex furto vel alio maleficio quæsitum non oportet conferri in societatem. dist. l. 53. Cum seqq. tribus. facit huc l. 6. §. rei turpis. & l. 22. si mandaverit. §. qui ad eam faciunt. ff. mandati. item l. 26. generaliter. & l. 61. stipulatio. & l. 123. si flagitii. ff. de Verb. Oblig. item l. 14. condiciones. & l. 15. filiusfam. ff. d. condit. instit. Vbi, quæ contra bonos mores fiunt, ea ne facere quidem nos posse credendum est.

Quintò potest dividi Societas in eam, quæ sit iusta & æqua: & eam quæ iniusta & iniqua; quod genus *leoninam societatem* appellare solebat Cassius: ut refert ex Aristotele Vlpianus in l. 29. si non fuerint. §. f. ff. pro socio. Atque hæc hætenus de Divisione & speciebus societatis dicta sint.

Porrò DEFINIRI potest Societas, *Contractus consensu initus de rebus & operis conferendis ad lucrum participandum.* Alii aliter definiunt, & Cujacius in paratit. digestorum quatuor modis variat: Et quinto etiam modo aliter definit in paratit. Codicis. Aliter quoque Wesenbecius in parat. digest. De consensu quod dixi, probatur per tit. Instit. de Oblig. quæ consensu. & per l. 2. digest. d. O. & A. item per l. 19. qui admittitur & l. 37. planè. & l. 65. actionem. §. 11. societas. digest. pro socio. Quod de rebus & operis addidi, alibi his verbis indicatur: pecunia & industria sive diligentia, & interdum gratia & autoritas. l. 29. si non fuerint. in princ. & §. 1. ff. pro socio. §. de illa sanè Instit. de societate. Hæc enim duo in societatem deduci solent: vel conjunctim & æqualiter ab utroque, vel ab omnibus sociis, vel divisim & inæqualiter: ita scilicet ut unus tantum pecuniam conferat in medium, alter operam & industriam, pecunia verò vel rei nihil, aut certè perparum; vel ut unus plus, alter minus contribuat. Nam nihil est necesse, ut socii æquis sint facultatibus, & æquè divites: sed valet societas etiam inter eos contracta quorum dispares sunt facultates: cum plerumque pauperior operâ suppleat, quantum sibi deest per compensationem patrimonii: ut eleganter & verè scripsit Vlpianus in l. 5. §. 1. ff. pro socio. Quò pertinet illud Themistoclis apophthegma, qui dicebat, malle se virum pro genere assicere, qui pecuniâ indigeret, quam pecuniam, quæ viro: & potest quamvis pauper, tamen fidelis esse, & diligens: argument. l. 8. digest. de suspect. tutor. & §. f. Instit. eod. tit. Imò ferè videmus divites ignavos, delicatos & luxu diffuentes, pauperes autem gnavos & industrioses diligentes: quibus scilicet honesta paupertas stimulos subdit, quibus excitentur ad artes, ut ait Theocritus, ἀτερία, δρόαυτι, μίλα τὰς τέχνας ἐγέρει. & laudabili quâdam æmulatione ad opes comparandas contendunt, ut est apud Hesiodum lib. 1. Dixi porrò: ad lucrum participandum. Hic enim est finis societatis. Malui autem *lucris*, quàm *quæstus* vocabulum usurpare: quia apud Ictos, qui maximè student proprietati verborum, latius patet appellatio *lucris* quàm *quæstus*. Lucrum enim dicimus omne emolumentum, quod quacunque ratione acquisitum est argument. l. 3. §. 1. digest. pro socio. in verb. quacunque ratione acquisitum &c. Sed *quæstus* propriè est lucrum ex emptione venditione, Locatione Conductione, & alia hujusmodi negotiatione descendens: argument. l. 7. coiri. ff. pro socio, sive quod provenit ex aliqua negotiatione v. gr. sagariâ, vel

Aa

argen-

argentaria; quæduæ species nominantur ab Ulpiano in l. 52. §. 4. & §. seq. ff. pro socio. (sunt & aliæ species negotiationum variæ, ut frumentaria, item vinaria, olearia, venalitaria &c.) Sive denique quæstus intelligitur, qui ex opera alicujus descendit, teste Paulo in l. 8. quæstus. ff. pro socio. Interdum tamen etiam lucrum refertur tantum ad id, quod ex quæstu venit, ut est in l. 13. sed etsi adjiciatur. ff. pro socio, quod fit potius ratione subjectæ materiæ, quam ex vi vocabuli: & fateor alibi quoque hoc subtile discrimen negligi, & *lucrum* nominari, qui propriè est *quæstus*, ut in l. 52. §. 4. & §. 5. ff. pro socio. Sicut etiam vernacula nostra lingua tam lucrum quam quæstum uno vocabulo exprimit, *Gewinn*, quomodo & Græci *κέρδι* usurpant. Idè autem in definitione Societatis nullam feci mentionem *damni*, quia sicut bona non intelliguntur, nisi quæ superiunt, deducto ære alieno l. 32. §. 1. ff. de l. 8. Item, sicut fructus, qui superiunt deductis impensis, ita etiam hîc lucrum vel damnum priùs deducere oportet, quàm rationem lucri subducere, & iniri possumus. Nam postea quod superest, id demum pro lucro habebitur, neque aliter intelligitur lucrum, quàm omni deducto damno, & facta compensatione, ut est in l. 30. *Mutius*. ff. pro socio. & in §. quod tamen ita. Inst. de societate. Taseo, quod de lucro tantum cogitant, qui societatem contrahunt, & luci causâ coeunt: Quod autem sæpè accipitur damnum, hoc fit potius ex eventu & ex rerum contingentia, quàm ex intentione & intentione sociorum.

His evidentiæ causâ de ipso contractu societatis ita præmissis, proximum est videre, quid socius socio præstare debeat, ex natura hujus contractus. Deinde, quæ ex eo nascatur actio; denique de concurrentibus actionibus.

REGULA igitur hæc est: *Contractus societatis recipit dolum & culpam, sive: socios inter se dolum & culpam præstare oportet: non etiam exactissimam diligentiam, sive levissimam culpam: non damna fatalia, sive casus fortuitos.* Probatur hæc regula multis legibus non solum per hanc nostram, sed etiam per l. 23. de illo, & l. 25. non ob causam rem. cum l. seqq. item per l. 52. cum duob. §. utrum ergo. & §. 3. damna. & per l. 72. socius socio. ff. pro socio. & §. fin. Inst. de societate. qui desumptus est ex d. l. 72. Probatur quoque per l. 5. §. nunc videndum. vers. sed ubi utriusq. ff. commod. Ex quo loco patet etiam ratio hujus juris, quia in hoc contractu utriusque utilitas vertitur. In talibus autem dolus & culpa præstatur, ut sæpè jam dictum est supra.

Significat tamen Imperator in dict. §. fin. de societate. in verbis, *quæsitum est: & prævaluit tamen &c.* inter veteres Jurisconsultos fuisse hac ipsa de re controversiam, dum aliqui existimabant, socium de dolo tantum & lata culpa teneri, perinde ut depositarius; non etiam de culpa levi: alii contrà, non tantum de dolo, & de latâ, sed etiam de levi culpa, ipsum teneri contendebant; quorum etiam sententia prævaluit.

Prioris sententiæ auctores & sectatores videntur hac ratione subnixi fuisse; I. quia res communis est quasi nostra; jam verò in rebus nostris & propriis culpa est permixta, cum in re sua unicuique liceat esse negligenti, ut est in vulgata l. 21. in re mandata. C. Mandati. II. Quia quilibet præsumitur non ignarus fuisse conditionis ejus, cum quo contrahat, & proinde scivisse ejus defectus. l. 19. qui cum alio h. t. no. bro. Cum igitur quis inertem & ineptum pro idoneo & industrio elegerit ac socium assum-

assumserit, eumque approbaverit; sibi hoc imputare & de se conqueri debet: & contentus esse, si socius dolo tantum commissum praestet, aut per latam culpam: non autem poterit ab ipso postulare, ut ultra dolum aut latam culpam aliquid praestet. Sed ad primam rationem responderi potest; tum quod res communis cum socio non sit tota nostra: regulam autem illam *in d. l. 21. in re mandata. C. mandati.* loqui de his rebus, quae omnino & totae sint nostrae: tum etiam in rebus nostris non semper neque omnem culpam esse excusatam: imo plerumque etiam negligentiam reprehendi. *argument. l. 24. §. 5. si maritus. ff. solut. matrimon.* Ad secundam rationem responsio est, negligentiam illam, quam commisit socius in re communi, nihilominus coerceri, & damnum per eam datum corrigendum esse, & ab ipso praestandum, actione pro socio.

Pro altera verò sententia, quae etiam tanquam verior & aequior, obtinuit, facit ratio ex *d. l. 5. ff. Commod.* paulò antè allegata. Nam cum hic contractus spectet: d utriusque vel omnium sociorum utilitatem, aequum est unius negligentiam alteri vel ceteris non obesse; nec tamen requiri maiorem vel exactiorem curam vel diligentiam eam, quam suis rebus quis adhibet. Sufficit talem diligentiam socium adhibere rebus communibus, qualem suis adhibere solet *l. 72. ff. pro socio, & §. si. Inst. d. societ.* Ex quo loco Ant. Contius objectionem sumit talem: Si sufficit socium adhibere talem diligentiam rebus communibus, qualem propriis adhibet: ergo hic contractus tantum recipit dolum & latam culpam, sicut & depositum. *l. 32. ff. de pos.* Et respondet, culpam quae in socio sit levis, in depositario esse latam. Socius enim quamvis in eodem genere negligentiae versetur: tamen minus peccare intelligitur, propterea quia rem administrat tanquam suam & propriam. Meum enim est quod cum alio commune habeo, sive quod pro parte meum est: Depositario autem res deposita est tota aliena, in qua nihil iuris habet. Similiter ferè etiam Dn. Bocerus respondet ad hanc objectionem, *c. 4. n. 13.* ubi ait, non posse quem videri dolose versari in rebus ad se pro parte pertinentibus: & quod in deposito sit lata culpa, hoc in societate culpam esse levem: quia verba sint accipienda secundum subjectam materiam. Alia obiectio sumitur ex *l. 25. heredes. §. non tantum. ff. fam. ercisc.* Vbi ait Paulus, cohæredem & collegatarium praestare non tantum dolum sed etiam culpam; ejusque hanc addit rationem, quoniam cum hærede non contrahimus, sed in eum incidimus. Hinc à contrario sensu videtur colligi posse. Ergo in contractu societatis, ubi non res, sed voluntas & consensus aliquos conjunxit dolum tantum praestari debet. Sed Resp. est; argui. à contrario sensu non procedere, quoties sententia quae per id colligitur, aliis legibus & iuri aequitatiq; adversatur: ut docet Nic. Everh. *in Top. in loco à contrar. sensu* & plures alii auctores copiose allegati ab Ant. Delrio *ad l. transigere n. 172. C. de transact.* Iam verò hæc sententia, quod in societate dolum tantum praestari debeat, manifestè repugnat aliis locis, ut suprà aliquot legibus ostendimus.

Quæritur: An socius, qui in quibusdam negotiis negligenter versatus damnum sua culpa dedit societati, & contra eandem in aliis rebus sua industria auxit & melioravit, volens uti compensatione lucri cum damno, audiendus sit? Negant hoc Marcellus, Ulpianus, & Paulus, *in l. 23. 25. & seq. digest. pro socio.* &

rectè negant; quia ad augendam & meliorandam societatem obligatus fuit socius; à deterioranda verò cavere debebat: neque tam est laudi dandum, facere officium suum, quam est reprehendenda ejusdem neglectio. Nec obstat, quod ex Terentio objici posset pro ratione dubitandi: *multa ex quo fuerint commoda ejus incommoda æquum est ferre.* Nam ut maximè alibi fortè in vita communi hoc valet; tamen in societate locum habere non debet: ob rationem decidendi modo indicatam. Atque hæc de speciebus seu gradibus culpæ, quæ inter socios præstanda est.

Observanda est autem Exceptio quam & Ant. Deltio notavit: Nempe, Aliquando tamen etiam levissimam culpam præstandam esse. Id accidit quando socius in rebus suis summam diligentiam adhibere solet. Tunc enim non potest sine suspitione fraudis ininorem adhibere diligentiam rebus communibus. *L. quod Nerva. 32. ff. Depositum.*

De casu fortuito seu damnis fatalibus in socios regulariter non præstandis, expressum est *in l. cum duobus. 52. §. 3. ff. pro soc.* ubi duo adferuntur exempla, nempe incendii & latrocinii; sed furtum à casibus fortuitis separatur: quia furtum non esset factum, si custodiam quam debuit socius præstitisset: diligenti enim patrifamilias furtum non fit. Cum autem casus fortuitos nominamus, ea damna intelligi volumus, quæ imprudentibus accidunt, ut ait *d. l. 52.* sive quæ nulla ope humana, nulla diligentia vel industria possunt prævideri, vel etiam prævisa averti aut declinari & præcaveri. Ratio jam sæpè indicata est supra, quia cum hic nihil sit quod imputari possit cuiquam, nihil etiam à quoquam præstari debet in ullo bonæ fidei iudicio. Exceptio desumi potest ex *d. l. 53. §. damna. ff. pro soc. in verb. si nihil dolo aut culpa acciderit ejus &c.* Nam hinc à contrario sensu ita rectè colligimus; si quid acciderit damni dolo aut culpa socii, id certè præstare debet socius socio. Quod pertinet quod supra quoque non semel admonui, etiam casus fortuitos præstandos esse in iudiciis bonæ fidei, quoties culpa eos præcesserit; multoque magis, si dolo fuerint procurati: quamquam hic non tam casus fortuitus præstari videtur, quam ipsa culpa vel dolo casum præcedens puniri.

Sequitur ut de ACTIONIBUS explicemus, quæ ex contractu societatis nascuntur & competunt. Præcipua igitur actio est de ea quæ appellatur *Pro socio*: quæ datur non ab uno latere directa, ab altero autem contraria, sed ab utraque parte directa: ut expressum est *in §. ex quibusdam Instit. de pen. tem. litig.* Rationem reddit Cujacius *in parat. D. & C.* Quia sociorum omnino par conditio est, nec alius alii antistat: sive nullius est potior conditio quam aliorum, ut uni dari debeat directa, seu principalis actio, alteri vel cæteris contrarium iudicium. Eandem rationem indicavit & Bartolus *in l. 2. ff. d. Obl. & act. & ad l. 17. Curator. Cod. d. negot. gest.* & Oldendorpius *class. 4. act. 21.* apud quem plura videri possunt de iis rebus quæ in iudicium societatis veniunt. Multa enim continet: quæ omnia persequi non est nostri instituti.

Effectus autem hujus actionis inter cætera non est contemnendus, quod pro socio condemnatus infamia notatur: ut est *in l. 1. §. qui pro socio. ff. de his qui notant. infam.*

fam. & §. ex quibusdam. Inst. de pen. rem. litig. Quò pertinet quod ait Cic. pro S. Roscio Amerino: Rectè maiores nostri eum qui socium sefellisset, in virorum bonorum numero, non putarunt haberi oportere: & paulò antè: in rebus minorib. socium fallere turpissimum est, neq. injuria, &c. ubi eleganter & copiosè hujus rei rationem explicat. Similis locus est apud eundem in orat. pro Q. Roscio. Si qua sunt privata judicia summae estimationis & penè dicam capitis, tria hæc sunt: Fiducia, tutela, societatis: Aequè enim perfidiosum & nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam & pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, & socium fallere, qui se in negotio conjunxit, &c.

Illud quoque notandum est, Actionem pro socio ex illarum esse numero, ex quibus quis non in solidum, sed in id quod facere potest, condemnatur. l. 63. verum est. in princip. & §. 1. 2. & 3. digest. pro socio. sunt præterea. §. sed & si quis. Instit. de Actionib. l. 16. sunt vers. qui. & l. 22. sed hoc ita. §. 1. ff. de re judic. quod tamen beneficium amittit tanquam indignus, qui inficiatus fuerit se socium esse. l. 67. si unus. §. fin. digest. pro socio. facit huc l. 4. §. 1. ff. Quod cum eo qui in alien. Est enim hæc una ex mendacii penis: quæ multæ sunt in Iure, ut monui alias in partit. feud. al. Sed quæritur hic, An beneficium istud sive exceptio quatenus quis facere potest, competat etiam socio unius rei, an vero tantum universorum bonorum? Hæc de re sunt leges in speciem pugnantes. Nam d. l. verum est. in pr. tribuit hoc locus, etiam si non universorum bonorum, sed utrius rei sunt: Lex autem l. 6. ff. de re judic. ait, socium omnium bonorum hic accipiendum esse: & tamen utraque lex eundem habet auctorem Ulpianum. Accurrit quoque hæc antinomia vidit, sicut ferè omnes alias in toto corpore Iuris, diligentissimè observavit. Respondet autem ex Ioannis sententia in d. l. 16. subaudiendam esse particulam, maxime, ut ita non excludatur unius rei socius. Addit etiam alias aliorum solutiones: nempe in d. l. 16. legendum esse interrogativè, & responsionem petendam esse ex d. l. 68. item in d. l. 63. unius rei socios intelligendos esse non rei particularis, sed alicujus negotiationis, quæ tanquam universitas quædam sub se multas res singulares complectatur. Veruntamen in prima solutione magis acquiescit. Ex eadem d. l. 16. obiter notari debet elegant. Græcismus, Lucretio quoq. & aliis bonis auctoribus usurpatus, in verbis socium omnium bonorum accipiendum est. Similia exempla multa in Pandectarum lectione occurrunt; maxime in scriptura Florentina. Nam in vulgatis libris pluraque sunt corrupta ex ignoratione hujus elegantiae: quam & Ant. Augustinus observavit, in libris emendationum. Quærit idem Acursius in d. l. 63. ad verbum fraternitatis: An quemadmodum socii tantum quatenus facere possunt condemnantur: ita & fratres consortes, id est, qui commune & indivisum patrimonium habent, (ut definiuntur in l. cum duob. §. 2. ff. pro soc.) & ad divisionem ejus provocant, similiter sint condemnandi non in solidum, sed in quantum facere possunt? Et rectè cum Azone negat, hoc beneficium ad fratres pertinere: monstratâ ratione diversitatis inter fratres & socios: Nam in hos ex conventionem rem esse communem; inter illos autem non ex conventionem, sed incidenter: id est, quia sine consensu ex rei ipsa in comunem inciderint. Nec obstat, quod societas dicitur

Aa 3

speciem

cuperent reliqui manere ac persistere in societate & communione. Nemo enim cogitur perpetuo stare in communione: vel in societate, nemo invitus detineri compellitur, ut est in *l. fin. comm. divid.* ac ne tum quidem, etiamsi convenerit, ne omnino fiat divisio, sive ut nunquam dividatur. Huiusmodi enim pactum nullas habet vires. *l. 14. In hoc iudicium. §. 2. si conveniat. ff. commun. divid.* Sed quæret quispiam, quomodo aut cur tale pactum nullas vires habet? Respond. Quia contra naturam est communionis, & contra utilitatem publicam tranquillitatemque civium & concordiam. Cum enim materia societatis & communionis excitare soleat discordias, (sæpè enim inter propinquos, ut præter quotidianam experientiam testatur etiam Papinianus in *l. 77. cum pater. §. dulcissimus. ff. de leg. 2.* & Paulus in *l. 26. In re communi. ff. de serv. præd. urb.*) idque propter naturalem facilitatem hominum ad dissentendum. *l. 17. §. 6. ff. de recept. arb.* Præterea cum rerum communio hoc quoque ferè habeat incommodi, quod communia negligentius curantur quàm propria, teste Aristotele *lib. 2. polit.* Cui consentiunt Imp. in *l. 2. C. Quando & quibus quarta pars ex bon. decur. deb. lib. 10.* Idcirco prudentes Legislatores ut hæc mala averterent à Republ. benè constituta; voluerunt, rejectis huiusmodi pactionibus, astrictiori liberam cuilibet relinqui facultatem recedendi à communione, & ad divisionem provocandi, quoties vel ob discordias præsentis vel futuras, vel ob negligentiam sociorum, non amplius placeret in communione remanere.

Atque hæc de prima concurrente actione, videlicet communi dividundo: de quo concursu notanda est etiam *lex iricesima octava, ff. pro socio*, ubi dicitur: altera actione alteram tolli. Cujus Iuris ratio est: quia cum utraque actio, & pro socio & communi dividundo sit rei persecutoria & bonæ fidei: non debet quis unam eandemque rem plus quàm semel consequi. Neque enim bona fides patitur, ut bis idem exigatur.

Secundò concurrat etiam cum actione pro socio *Actio furti*: nempe si socius furtum rei communis fecerit. *l. 45. Rei communis & l. 51. Merito. ff. pro socio. l. 45. si socius. ff. de furt.* Ex quibus legibus inter se comparatis hæc notanda est limitatio: furti actionem ita deinde dari, dum modò socius rem communem amoverit per fallaciam & dolo malo; vel celandi lucrandique animo eam contrectarit, invito socio. Nam hoc requiritur ad substantiam furti: ut apparet ex definitione ejus in *lege prima, paragrapho finali, digesti de furtis, & §. 1. Institut. de obligationibus quæ ex delict. nascuntur.* In dubio autem dolus non præsumitur, sed ex indiciis perspicuis probandus est. *l. 6. C. de dol. mal. & ibi gl.* Imò plerunq̃e credendum est, eum qui partis est dominus, jure potius suo re uti, quàm furti consilium inire voluisse. *d. l. 51. Merito. ff. pro socio.* facit huic *l. 4. C. de crim. expilat. heredit.* Iure autem suo utens, nemini facit injuriam neque furtum. Hic notandum est, alterà actione alteram non tolli. *dist. l. 45. Rei communis. ff. pro socio.* id est, potest socius, qui pro socio egit, nihilominus etiam adhuc furti agere, ad pœnam scilicet dupli vel quadrupli: & contrà, qui egit furti, adhuc potest agere pro socio; non obstante sibi conceptione rei judicatæ. Nam nihil commune habent istæ actiones, qua-

rum;

rum altera datur ex contractu, altera ex delicto: altera rem, altera pœnam persequitur: sive una est rei persecutoria, altera est pœnalis. §. *Ex maleficiis. vers. pœnam tantum.* & §. *sed furti. Institut. de Actionib.* Imo ne pœnales quidem actiones de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit. l. *penult. ff. de oblig. & actionib. l. 2. ff. de priv. del. §. fin. Instit. si quadrup. pauper. sec. dicatur.*

Tertio: Concurrit etiam cum actione pro socio *judicium publicum Legis Fabia de plagiaris. l. 51. §. 1. D. pro socio.*

Quarto, Concurrit etiam *Condictio furtiva. l. 47. sed si ex causa. ff. pro socio.* ubi notanda est insignis differentia ejus ab actione furti. Nam furti actione usus, potest nihilominus uti etiam actione pro socio: sed conductionem furtivam qui proposuit, non potest agere pro socio, nisi pluris inter sit ipsius. Ratio diversitatis est, quia condictio furtiva, æquè est rei persecutoria, atque actio pro socio: furti autem est pœnalis.

Quinto, cum actione pro socio, concurrit etiam *Legis Aquilia actio*: nempe si socius damnum dederit in re communi: v. g. Servum communem negotiationi prapositum vulnerando, vel occidendo. leg. 47. *sed si ex causa. §. 1. ff. pro socio, cum tribus ll. seqq.* Sed hinc quoque suum consecutus per actionem pro socio, excluditur ab actione legis Aquiliae de damno: in quo etiam differt actio L. Aquiliae à furti actione: quæ ad pœnam dantaxat respicit: cum actio Legis Aquiliae respiciat ad rei persecutionem: sicut & pro socio. l. 50. *sed actione. ff. pro socio.* Hoc tamen interest, inter Legis Aquiliae & pro socio actionem, quod illa est ex delicto, hæc ex contractu: item quod illa est mixta, id est, partim rem persequitur, partim pœnam continet: ut docet Imperator in d. §. *Ex maleficiis. vers. sed & legis Aquilia. Instit. de Actionib.* sed pro socio tantum est rei persecutoria.

Sexta concurrens actio est *ex vendito*: ut in casu l. 69. *Cum societas. ff. pro socio.* ubi socius ad emendum adscitus, si non præstiterit quod promissit, nempe epulas nundinales, aut si simile quid, potest & pro socio, & ex vendito actione conveniri.

Septimo: Interdum dubitatur utrum actio pro socio competat, an *præscriptis verbis*. Hic adhibenda est distinctio Vlpiani in l. 44. *si margarita. digest. pro socio.* nempe, tunc demum dari pro socio actionem, si res æstimata certa lege vendenda data sit, animo contrahendæ societatis: sin minus, tunc præscriptis verbis agendum est.

Octavo, Etiam quæri solet aliquando, cum sc. interposita est stipulatio, utrum actio *ex stipulatu*, an vero pro socio, an utraque simul detur. Hic utemur distinctione tradita in l. 41. *si quis in socio, cum leg. seq. item l. 71. duo. ff. pro socio.*

Nono: Ad hunc locum de concursu actionum, sive de affinibus remediis pertinent etiam *cautiones sive satisfactiones*, quæ interdum inter socios interponendæ sunt in judicio: ut est in l. 27. *Omne as alienum. in fin. & l. 38. pro socio arbit. in pr. ff. pro soc. facit huc l. 41. In omnib. ff. de judiciis.*

CAPVT

CAPVT DECIMVMQVARTVM.

DE RERVM COMMVNIONE.

Sicut societas est communio rerum voluntaria ex præcedente tractatu, & ex consensu orta: sic rerum communio est societas necessaria, & incidenter nata. De illa diximus *capit. præced.* de hac restat ut agamus *sub hoc capit.* atque ita concludamus catalogum Contractuum & Quasi contractuum ab Ulpiano hîc propositum. Erit autem hîc explicatio tantò facilior & brevior, quantò plura jam antea de rerum communione, id est, de hoc Quasi-tractu attigimus, in comparatione ejus cum vero tractu societatis, quam paulò antè instituebamus. Videantur etiam tradita in §. *Item si inter aliquos.* & §. *Idem juris. Instit. de obligat. quæ quasi ex contract.* In summa, si duobus vel pluribus eadem res sit legata, vel donata inter vivos aut mortis causa: si per fideicommissum relicta & restituta: item, si duo pluresve coheredes vel testamento instituti, vel à lege alicui ab intestato sint dati: hi omnes sibi invicem ex isto quasi tractu rerum communionis obligantur. Ex vero tractu obligati non possunt dici: quia nihil inter se contraxerunt: Nullus enim verus ac proprius tractus esse potest, ubi deest consensus. Neq; consensus tales conjunxit, sed res, ut ait Paulus: *Res*, id est, eventus sive casus: quia ita contingit fortè fortuna. Non possunt etiam tales dici ex maleficio obligati esse. Quid enim deliquit, quem alius voluit esse alterius, vel etiam plurium aliorum, collegatarium: condonatarium, id est, socium donationis: confideicommissarium: vel coheredem? Tantum certè abest, ut talis aliquis delinquere cogitaverit, (dolo enim caruit) ut ne quidem de contrahendo ullam susceperit cogitationem. Consensu enim destituitur quoad hanc quidem rem de qua agitur. Placet autem quod admonuit Ant. Delrio *cap. 17. ad hanc legem nostram*, quamvis non possimus dicere, aliquem sibi elegisse principaliter & directò coheredem vel collegatarium, vel cæterorum aliquem: tamen verum esse, quod saltem per consequentiam censeatur societatem ejus, sive communionem cum ipso, approbasse, hoc ipso videlicet, quòd legatum vel fideicommissum vel donationem vel hereditatem, sibi cum alio, vel aliis, communem acceptaverit: cum posset illa repudiare: meminisse quippe poterat illius Terentiani, quod in proverbium abiit, *aut hæc cum illis habenda sunt, aut illa cum his omittenda.*

Cognito jam inter quos & ex quibus causis existerè soleat rerum communio: videamus quid in hoc casu Quasi-tractu ex natura ejus præstari soleat ac debeat.

REGULA est: *Rerum communio recipit dolum & culpam.* (scil. levem: Lata autem sub dolo, ut semper in contractibus, comprehenditur.) Probatur hæc regula per ipsam *l. nostram*, ubi manifestè rerum communio illis annumeratur

Bb

con-

contractibus, qui recipiunt dolum & culpam, non etiam diligentiam, h.e. levissimam culpam. Eadem regula aliis verbis ita concipitur: *In iudicio Communi dividundo veniunt doli & culpa: ut ajunt Impp. in l. pen. C. commun. divid. Item in iudicium familie ercisc. veniunt omnia, quæ quis in hereditate* (intellige communi cum alio vel aliis,) *dolo aut culpa fecerit, ut ait Vlpianus in l. 6. & puto §. 2. sed & si dolo vel culpa. ff. fam. ercisc.* Rursum aliis verbis eodem sensu: *Non tantum dolum, sed & culpam, coheres in re hereditaria præstare debet: ut inquit Paulus in l. 25. heredes. §. non tantum. 16. ff. fam. ercisc.* poteram idem paucioribus verbis dicere: *quæcunque dicta sunt de societate, quoad doli & culpæ præstationem, eadem omnia etiam in rerum communione valent.* Ratio cur ista præstanda sint in hoc q: contractu, est eadem quæ in societate: nempe, quia utriusque utilitas hic vertitur. *argum. l. 3: §. 2. vers. sed ubi utriusque. ff. commodari.* Non minus enim utile est uni, quàm alteri, vel cæteris coheredibus, aut collegatariis, rem ipsis communiter esse donatam, vel per legatum aut fideicommissum, aut heredis institutionem relictam, vel per successionem legitimam ab intestato delatam, & acquisitam. Aliena igitur & impertinens mihi videtur ratio regulæ nostræ, quæ adfertur *in d. l. 25. §. non tantum. ff. famil. ercisc.* quoniam cum coherede non contrahamus, sed in eum incidamus: quod nihil aliud est dicere; quàm, hic non est verus & proprius, sed quasi contractus. Sed hinc non efficitur necessarium, quodd coheres coheredi præstare debeat dolum & culpam, & hanc vel illam speciem culpæ, hunc vel illum gradum. Exemplum culpæ in re communi præstandæ extat elegans *in l. 20. si is cum quo ff. commun. divid.* Erat mihi tecum fundus communis (puta ex titulo donationis vel legati vel fideicommissi, vel successionis universalis testamentariæ, sive legitimæ ab intestato, sive Iure civili, sive Iure prætorio: nihil enim interest quoad hanc rem, unde & quomodo fundum nacti simus) tu dilectu per bellum indicto, ut dicitur *in l. 4. §. 12. Eum qui filium. ff. de re milit.* de dilectu non respondisti, nempe idè, ut detrectares munus militiæ: quod olim gravissimum erat delictum, ut docet Arius Menander *in d. l. 4. §. 10. gravius. ff. de re milit.* & Inst. Lipsius *de milit. Rom.* Habeatur enim detrectator militiæ non alio loco, quàm proditor libertatis: ideoque in servitutem redigebatur pænæ causâ. Erat etiam alia pænna, videlicet, ut motu Iudicis villa ejus vel domus eruatur, item ut arbuta succiderentur, &c. quod docet nos Pomponius *in alleg. l. 20. ff. communi dividundo.* quia igitur tu culpa tua occasionem præbuiisti huic damno in re communi nobis dato, æquum est, ut omne detrimentum mihi præstes communi dividundo iudicio. Obiter etiam ex eadem l. 20. notandum est, olim domos etiam dirui solere pænæ causa: quod & nostris temporibus in quibusdam regionibus usurpatur: qua de re dixi *in notis ad Guntherum libro octavo.* Videatur etiam Duarenus *libro primo disputat. capite quarto.*

Sed obstare videtur regulæ nostræ *dicta lex 25. §. non tantum. ff. famil. erciscund.* ubi dicitur coheredem non debere præstare diligentiam, qualem diligens paterfamilias præstat. Significat ergò Paulus, si coheres præstat latam culpam & dolum, de levi ipsum non teneri. Respond. Illis verbis non significari vel exclu-

di le-

di levem culpam, quæ certè maximè præstanda est in hoc quasi contractu: sicut patet non tantum ex aliis locis, verum etiam ex eadem lege nostra, *initio dist. §. non tantum*, sed excludi levissimam culpam, & positivum hîc usurpari pro superlativo gradu: *diligens paterfamiliàs pro diligentissimus*: quod non esse novum aliàs demonstravi; cum aliis ex locis tum ex l. 21. *C. mand.*

Restat ut postremo loco de ACTIONIBUS explicemus, quæ dantur ex communione rerum: tum deinde etiam de aliarum actionum concursu.

Igitur ex rerum communione dux præcipuæ actiones nascuntur, *Communni dividundo*, & *Familia eriscunda*, id est, dividendæ hereditatis. Sic enim nominatur hæc actio in l. 3. & l. 21. *si cogitatione. Cod. familia eriscund.* Nam familia inter cetera significat res hereditarias, ut est in l. 195. *pronunciatio. §. 1. familia. ff. de verborum signif.* ubi allegatur Lex XII. tabularum, in qua hæc fuerint verba *agnatus proximus familiam habeto. heres esto.* Eriscere autem prisca lingua Latina idem est quod dividere. Nam ita Festus vel potius abbreviator ejus Paulus, *Ertum citumque fit inter consortes, ut in Libris Legum Rom. legitur. Ertum a coèr-cendo dictum, unde & Eriscunda & eriscui*: *Citum autem est vocatum a ciendo.* Et idem Paulus dissertationes exponit divisiones patrimoniorum: sed legendum addita litera c. *diferctioes* Cujacius in *paratit. C. familia eriscund.* testatur, se apud eundem Festum legisse *inercta* pro *indivisa*: quod equidem nondum potui reperire. Similiter *via eriscunda* legimus apud Apulejum in *libr. Metamorph.* pro *finium regundorum*, ut notat Cujacius in *paratit. Cod. ad d. tit. finium regundorum.* Prior actio datur ei, qui rem ex alia causa quàm hereditaria communem habet cum altero: sive ex voluntaria societate, sive ex necessaria, communio sit orta: & datur ad rem communem dividendam, & ad præstationes personales. l. 4. §. 3. *sicut. ff. communi dividundo.* & dixi *capit. præcedent.* propterea mixtum esse hoc iudicium partim in rem, partim in personam. Posterior actio tantum datur coheredi, sive ei, qui rem cum alio, vel pluribus aliis, ex causa hereditaria communem habet: nec refert, utrùm ex testamento, an ab intestato, iure civili an honorario, hereditas sit communis. l. 2. & l. 24. *sed & ejus. §. 1. ff. famil. eriscund.* Et hæc quoque actio ex duobus constat: ex rebus, & ex præstationibus personalibus. leg. 22. *Item Labeo. §. 4. familia ff. Famil. eriscundæ.* Potest tamen etiam inter coheredes agi communi dividundo: ita ut res tantum communes, & quæ inde pendent, in illud iudicium deducantur: de cæteris verò in integro sit, vel salvum maneat, iudicium familiæ eriscundæ, ut docet Paulus in *lege decima quarta, inter coheredes. ff. familia eriscundæ, in princip.* Item si actum sit familiæ eriscundæ, ut res aliquæ remanserint indivisæ, de illis potest agi communi dividundo, teste Vlpiano in l. 20. *si filiam. §. 4. famil. eriscund. ff. eod.* Debet quidem Iudex sive arbiter familiæ eriscundæ operam dare, ut nihil indivisum relinquat: teste Paulo in l. 25. *heredes. §. penultim. ff. familia eriscundæ.*

Sed tamen fieri potest, ut quædam res ipsius animadversionem diligentiamque effugerint: vel etiam ut coheredibus tempore iudicii fuerint aliqua incognita, quæ posteriùs demùm emerferunt, & ad notitiam ipsorum pervenerunt, ac de illis adhuc salva manet communi dividundo actio. Ex his igitur liquet etiam coheredes aliquando communi dividundo agere: sed familiæ herciscundæ alios, qui non sunt coheredes, agere non posse: quod etiam satis testatur *l. 36. & l. 49. qui erat heres. ff. famil. ercisc.* Ratio est, quia quicumque sunt coheredes, iidem etiam inter se communem habent rem, vel potius universitatem rerum: sed non contrà, quicumque habent rem inter se communem statim sunt coheredes, possunt enim multis aliis ex causis rem communem habere.

Diligenter autem notandæ sunt differentię: primò, inter has duas actiones *Communi dividundo*, & *Familiæ erciscundæ*: deinde inter *Actionem Familiæ erciscundæ*, & *petitionem hereditatis*.

Communi dividundo actio ita differt à *Iudicio familiæ erciscundæ*, 1. Quod familiæ erciscundæ iudicio amplius quàm semel agi non possit; nisi causa cognita. *l. 20. §. familiæ ff. famil. ercisc.* non potest, inquam, facillè iterari hæc actio, nisi ex magna causa, quam cognoscere debet prætor an sit satis iusta & gravis, ut denuò eam concedere debeat: sed communi dividundo sapiùs agere potest, videlicet quoties aliqua res indivisa est relicta. *l. 4. §. 2. hoc iudicium. ff. communi dividundo.* Diversitatis ratio illa est, quia actione familiæ erciscundæ agitur de universitate rerum: sed communi dividundo actio est singularis sive de rebus singulis, singularia autem possunt sapiùs iterari: sed universalia non item. 2. differunt: quòd plenior actio est Familiæ erciscundæ, quàm cõmuni dividundo. In illa enim veniunt non tantùm ea, quæ in bonis erant tempore mortis, sed etiam quæ ex bonis, ut si quæ res fuerint penes defunctum depositæ, vel ei commodatæ, vel pignori datæ, &c. *l. 29. ff. familiæ erciscund. cum similib.* Hæc autem quæ ex bonis sunt, in communi dividundo actionem non veniunt, sed ea tantùm quæ in bonis fuerunt, quamque communia.

Petitio hereditatis & Familiæ erciscundæ etiam differunt: 1. in eo, quòd qui hereditatis petitionem intendit, is ait se heredem esse, negat verò adversarium esse heredem, sive facit ei controversiam hereditatis, sed constitetur etiam heredem esse. *l. 51. fundus. §. 1. in verb. re ex parte dimidia heredem esse confiteor. ff. famil. ercisc. & l. 1. §. 2. vers. Et si possessor. ff. si pars hered. pet.* Nec obstat *l. 87. qui familiæ. ff. famil. erciscund.* ubi Scævola scribit, *Qui iudicio famil. ercisc. agit, non constitetur adversarium sibi esse coheredem.* Quam antimoniam ut solvat Accursus valdè se torquet, & variat tentat. Cujacius simplicissimè *lib. 9. observat. cap. 36.* delet negationem: secutus auctoritatem Græcorum, à quibus dicit abesse particulam *non*, Aliter Hotomannus *lib. 4. observat. 20.* Secunda differentia est: quòd in petitionem hereditatis veniunt quædam, quæ in iudicium Familiæ erciscundæ non deducuntur. *l. 57. §. 1. ff. fam. ercisc.* Est igitur Petitio hereditatis plenior actio quàm Familiæ erciscundæ.

Cogni-

Cognitis differentiis, quæ sunt inter Familiæ erciscundæ & communi dividundo actiones, annotemus etiam ea, in quibus conveniunt hæc duo judicia. Prima igitur similitudo in eo consistit: quod utraque actio mixtam habet causam; sive ex duobus constat, ex rebus, & præstationibus, ut & paulò antè dixi ex l. 22. Item Labeo. §. familia. ff. fam. ercisc. & ex l. 4. §. sicut. ff. communi divid. idemque habetur in §. quedam. Inst. d. Action. & facit huc §. si familia. & §. seq. Inst. d. offic. iud. Cujus generis etiam actio est Finium regundorum & Petitio hereditatis. Est enim in Iurè hæc quadriga actionum mixtarum, ut eleganter vocat Cujacius *ad rit. C. Finium regund.* Altera similitudo est: quod utraque actio est duplex: id est, uterq; ibi est & actor & reus l. 44. *Inter coheredes.* §. 4. *qui familia.* ff. fam. ercisc. Quæ in re etiam conveniunt cum actione finium regundorum. Nam in hac quoque singulæ personæ duplex jus habent, agentis scil. & ejus cum quo agitur, h. e. Rei. l. 10. *Inductum.* ff. fin. regund. Hic obiter notandum est: differre inter se judicia *duplicitia* & *mixta*: ne quis fortè per imperitiam hæc confundat. Nam *Duplicia* dicuntur illa in quibus uterque & rei & actoris personam sustinet: tametsi pro actore is potissimum habeatur, qui prior provocaverit ad iudicium & divisionem. l. 2. §. 1. ff. communi divid. l. 10. ff. fin. regund. & l. 13. in tribus. ff. de judic. l. 37. actionis. §. 1. ff. de obl. & act. potest enim unus etiam provocare & petere arbitrium familiæ erciscundæ, vel communi dividundo: quantumlibet invitis cæteris. l. 43. in arbitrium. ff. fam. hercisc. Sed *Mixta* judicia sunt; quæ partim sunt in rem, partim in personam: sive quæ constant ex duobus, nempe ex rebus, & ex præstationibus, ut paulò antè dictum. Aliquando tamen hoc discrimen verborum negligitur: & duplices actiones dicuntur etiam *mixtæ*, ut d. l. 37. ff. de obligat. & act. unde intelligimus *mixtas actiones* duobus modis usurpari: quarum tamen alter impropriam habet significationem, nempe quando pro duplici actione usurpatur. Quæret quispiam: quid fiet ergo, si ambo vel plures provocent simul ad iudicium sive arbitrium, uter vel quisnam tunc habebitur loco actoris? Respond. Ex Vlpiano, hic sorte rem dirimendam esse. l. 14. ff. de judic. Quomodo & aliàs hoc remedium adhibetur tollendis controversiis, ut fors sit arbitra. l. 5. ff. fam. ercisc.

Tertio conveniunt hæc duæ actiones, in eo, quod utraque est legitima: h. e. ex Legibus XII. Tabb. proficiscitur. De Familiæ erciscundæ iudicio disertè hoc testatur Cajus in l. 1. ff. fam. ercisc. Sed de communi dividundo quoque dubitatione omnes caret, cum idem Cajus lib. eod. de illa tractarit: ut apparet ex inscriptione l. 2. & l. 11. ff. communi divid. juncta inscriptione l. 13. ff. de judic. item l. 3. l. 5. & l. 19. & 26. ff. fam. ercisc. sicut etiam de actione finium regundorum in eod. lib. Cajus egit, ut apparet ex inscriptione l. 3. ff. fin. reg. quam actionem similiter constat per Leg. XII. Tabb. introductam esse ad exemplum legis Solonis. l. fin. ff. fin. regund.

Quarto in eo quoque conveniunt istæ actiones: quod utraq; est bonæ fidei l. 3. C. communia utr. iud. l. 4. §. hoc iudicium. & l. 6. §. pen. ff. communi divid. Hinc duo consequuntur insignes effectus. Vnus quod hîc ex mora præstandæ sunt usuræ. l. 18. bis. §. 3. sumpt. ff. famil. ercisc. & d. l. 6. §. pen. ff. communi divid. Idque

ex generali naturâ & regula omnium Bonæ fidei iudiciorum. l. 2. *C. Depositi. & l. 32. Mora §. in bonæ fidei. ff. d. Vsuris.* Alter effectus est, quod inæqualiter factum utrobique in melius reformandum est: id est, si quis in divisione per fraudem, vel dolū, vel perperam factā, læsus sit; iniquitas illa debet corrigi. l. 3. *C. communia utr. jud. ubi. & glossa.* Sed hic illa est tenenda limitatio, si læsio illa excedat dimidium iusti pretii, *unctā l. 2. cum ibi traditis per Dd. in primis Arium Pinellum, Cod. d. rescind. vend.* Quamquam si divisio initio facta sit dolosè, ita ut dolus causam illi præbuerit, ipso jure nulla est, etiam si fortè minor esset læsio. l. 7. *Eleganter ff. de dolo malo.* Bonâ autem fide mutuo consensu terminata minimè possunt instaurari: ut est in *leg. 3. si inter Cod. communia utriusque iudicii.*

Quintò conveniunt in eo, quod utrobique alter alteri tenetur de evictione: h. e. si factā divisione inter coheredes, vel alios inter quos est communio, per arbitrium, vel ex conventionem privata, nihil interest.) res uni fortè adjudicata vel assignata, fuerit evicta, id est, iudicio ablata; puta quod esset alterius propria, qui eam vindicavit per in rem actionem tanquam suam, vel quod alteri iure ac nexu pignoris esset obligata &c. is cui sic evicta vel ablata est res, habet regressum adversus coheredes alios vel socios: cum quibus potest agere vel præscriptis verbis ex stipulatu, ut aliam rem ipsi dem in locum evictæ: aut ut pretium refundam rei evictæ: aut denique ut istud detrimentum pro parte agnoscam. l. 7. *si fratres. Cod. communia utr. iudicii. l. 17. si familie. Cod. fam. eriscun.* Sciendum est autem de evictione solere interponi cautiones inter dividendum. l. 25. *heredes §. penult. ff. famil. eriscund. l. 20. item §. fin. ff. communi divid.* Cautiones accipere debemus, vel pro stipulationibus ultrò citroque inter coheredes interpositis, vel etiam de fidejussoribus hoc nomine datis. Neque enim est novum, ut pro evictione etiam fidejussores dentur, & talis fidejussor ob evictionem datus vulgò appellatur *secundus auctor*, teste Vlpiano in l. 4. in princ. ff. de *Evict. secundus* dicitur, respectu primi auctoris, qui est ipse venditor, quem sapissimè etiam absolute auctorem vocant Icti: unde & Actio Evictionis sæpe dicitur *Auctoritatis actio*. Vtroque casu, id est, sive interpositæ sint stipulationes inter ipsos coheredes, sive dati fidejussores ex stipulatu actio competit: priore quidem, adversus coheredem, vel alium socium: posteriore verò, adversus fidejussorem. Nam & fidejussor omnis per stipulationem accipitur. §. fin. *Institut. d. fidejussor. & l. 12. blanditus. Cod. eod. tit.* tamen si inter fidejussores & principalem debitorem, non ex stipulatu, sed Mandati actio nascatur: ut est in §. *si quid autem fidejussor. Institut. d. tit.* etiam si amissæ fuerint cautiones & stipulationes de evictione: tamen adhuc alter alteri tenetur de evictione, perinde in bonæ fidei iudiciis, etiam si, ut ait Cicero lib. 3. de *Officiis*, linguâ non fuerint nuncupata: sive, quamvis de iis nihil expresse, actum, dictum, cautum, promissum, vel conventum fuerit. l. 31. *quod si nolit. §. quia assidua. ff. d. Aedil. edict. & præterè Cicero in lib. 3. d. offic.* Imò etiam in stricti Iuris contractibus (quale constat

at esse mutuum) quod agitur, in contrahendo scilicet, tacite habendum est pro cauto, h. e. pro eo ac si expresse & nominatim fuisset promissum *l. 3. ff. si cerr. per.* Sed hoc casu, id est, si cautio expressa nulla intervenierit, dabitur actio praescriptis verbis. *dist. l. 7. C. communia utr. jud. & l. 14. C. famil. ercisc.* Ratio est in *l. 1. Communia utr. jud.* quia divisio obtinet vicem emptionis: perinde ut etiam permutatio illi est vicina. *l. 1. ff. de rer. perm.* perspicuum est autem in divisionibus & adjudicationibus fieri quodam permutationem. Intervent quoque aestimatio justo pretio, sicut in emptione venditione. *l. 20. item. §. ult. ff. communi divid.* Aliquando tamen, nisi intervenierit stipulatio vel pactio de evictione, nulla ob eam datur actio, neque regressum habet is, cui res evicta est, adversus ceteros: quod accidit, si quis sciens rem in ea causa esse, ut evinci possit, (puta quia alterius propria, quia alteri oppignorata, quia ususfructus erat alterius &c.) tamen sibi eam adjudicari passus sit, ac receperit *d. l. 7. Cod. communia utr. jud.* Ratio est in aperto: quia sibi imputare debet, quia cum sciret rei qualitatem, non melius sibi caverit atque prospexerit. Iura enim vigilantibus scripta sunt, & subveniunt. *l. 24. pupillus. in fin. ff. quae in fraud. cred. l. 4. ff. Quod vi aut clam.* Est & alius casus notabilis, quo cessat actio de evictione, nempe, si inter coheredes, vel alios rem communem dividentes, specialiter convenerit, ut unusquisque eventum rei susceperit, hoc est, ut suo periculo rem sibi adjudicatam vel assignatam haberet. *L. 14. si familia. Cod. famil. erciscund.* Hujus enim pacti ea vis est, ut excludat & cessare faciat actionem de evictione: & ut agenti de evictione possit objici exceptio pacti, vel de dolo. Haec de evictione ideo paulo plenius persequi volui: quia & quotidianum est hoc argumentum, & non satis expeditum.

Sexto, in eo quoque conveniunt ambae actiones: quod divisio facta ab arbitrio non jure dato, sive, ut vulgo loquimur, ab incompetente iudice, etsi per se non valeat, tamen possit confirmari consensu vel rati habitione coheredum, vel sociorum: ut est in *l. 2. Cod. communia utr. jud.* cui non est ab similis casus in *l. 41. quaedam mulier. ff. fam. ercisc.*

Septima similitudo est in eo: quod sicut in iudicio familiae erciscundae iudex vel arbiter in sententia ferenda debet subsequi voluntatem testatoris (intelligendum modo iuri non sit contraria.) *l. 7. & l. 16. ff. filii & l. 21. si cogitatione. Cod. fam. ercisc. l. 18. hys consequenter. §. idem querit ff. eod. tit.* ita etiam in iudicio communi dividundo iudex sequi voluntatem & consensum sociorum debet. *l. 1. §. 1. & l. 21. iudicem. ff. comm. divid.* Nec obstat, quod iudicium dicitur reddi in invitum. *l. 83. Inter. §. 1. ff. d. verb. oblig.* Nam non negatur, aliquando etiam in volentes & consentientes consistere: neque hoc dicit Paulus, semper iudicium reddi tantum inter invitos: Sed, quod probe notandum est, ait, *iudicium etiam in invitum redditur*: quasi dic. non tantum inter volentes, Nequaquam igitur negat, interdum id etiam in volentes reddi.

Octavo, conveniunt haec duae actiones: quod res, quam coheres vel socius sibi emerit, quamvis ex pecunia communi, non tamen fiat communis; nec recte petatur communicari: ut est in *nobili l. 4. si patruus C. comm. utr. jud.*

Nono,

Nondò, conveniunt: quod utrobique instrumenta communia, ut tabulæ, rationes, cautiones, authenticæ, deponi debent apud eum quem elegerit præses vel arbiter divisionis. Eligere autem ille solet plerumq; vel eum, qui maiore ex parte est heres; vel qui natus maximus: vel si ex æquis portionibus omnes sint heredes, nec inter eos conveniat, sorte res expeditur; vel ex suffragio aut consensu eligitur aliquis apud quem deponantur: vel in æde sacra deponuntur, unde cum opus fueris depromantur, & copia eorum fiat, sive exhibeantur: Hac de re sunt l. 4. §. 8. in pr. ff. fam. erciscund. & l. fin. ff. d. fide instrumentorum. Hic obiter notandum est, authenticum instrumentum & exemplum inter se opponi multis in locis, ut d. l. 4. fid. instrumentorum, ubi Paulus cum exemplo conjungit & Indicem: vulgò Exemplum quidem vocant *Sine Copen* / & indicem *Sinen Extract*: neutrum autem horum vim probationis habet; sed solum Authenticum d. l. 2. ff. d. fid. instrum. Dixi de his aliquid etiam in *Methodica Expositione Novellarum*.

Decimò, conveniunt in eo, quod in neutro iudicio veniunt ea quæ communia esse desierunt: & utrumque ita demum datur, si corpora maneant communia. l. 1. in fin. ff. communi divid. l. fin. C. communia utr. iud. Ratio est: Quia divisio, quæ est harum actionum propria, in illis tantum rebus locum habere potest, quæ sunt communes, non in iis, quæ jam sunt divisæ, vel ab homine vel ab ipso Iure, argum. l. 6. Ea quæ Cod. fam. ercisc. l. 2. §. fin. l. 4. in princip. l. 25. heredes. §. 1. ff. fam. erciscund.

Vndecimò: utraque actio est ex Quasi contractu §. item si inter. & §. seq. Inst. de obl. quæ quasi ex contract. nasc.

Duodecimo: utraque actio recipit adjudicationes, ut multis Iuris locis probari potest, & in primis l. 55. si familia. ff. fam. erciscund. & tit. Instit. de offic. iudic.

Decimotertiò: utraque actio est perpetua: tum quia civilis est: tum quia rei persecutoria. t. t. Inst. d. perp. & temp. act.

Decimoquartò: in utraque actione debent æstimari universæ res, non singularum rerum partes. l. 52. Marcius §. fin. ff. fam. ercisc.

Decimoquinto: Utraque actio est non tantum Directa, sed etiam Vtilis: & quidem utilis actionis creberrima occurrit mentio sub utroque tit. ff. fam. hercisc. & communi divid. quæ scilicet tunc ex æquitate & utilitatis causa alicui accommodatur, quando directa locum habere non potest: ut videre licet in exemplis l. 2. §. 1. & l. 40. si ex asse. ff. fam. ercisc. l. 6. in princ. & §. 2. l. 7. §. ex quibusdam & §. 6. si duo l. 9. sed postquam l. 29. si quis in fin. princ. ff. communi divid. & l. 11. in summa eod. Quando aut absolute nominatur hæc aut alia actio, potius Directa intelligenda est, quàm Vtilis.

Vltimò: In neutrum iudicium veniunt ea, quæ scelere aliquo sunt quæsita; v.g. furto, rapina, latrocinio, peculatu, sacrilegio &c. l. 4. §. sed & ff. fam. ercisc. l. 7. §. inter prædones ff. communi divid. Ratio est. quia utraque actio est bonæ fidei: ut suprà demonstratum.

Restat

Restat ut pauca de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS adjiciamus. Concurrit igitur. I. cum actione familiae eriscundae etiam actio Legis Aquiliae de damno: si videlicet unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, & interleverit, vel corruperit. l. 16. & puto. §. penult. & l. 17. ff. famil. erisc. II. Cum eadem etiam concurrit Negotiorum gestorum actio. l. 18. & 20. Cod. fam. erisc. l. 3. l. 19. ab uno. Codic. de negot. gestis. l. 31. si quis. in princip. digest. de procurat. l. 41. digest. si cert. per. videnda est tamen hic distinctio tradita in l. 25. §. non tantum. vers. & idem, ubi gloss. ff. fam. erisc. & l. 6. §. 2. sive digest. Comm. divid. III. Concurrit etiam Mandati actio, si nimirum coheres unus alteri mandaverit, ut aliquid in communi hereditate gereret. l. 20. in familia. C. famil. erisc. & d. l. 31. ff. de procur. IV. Concurrit actio ex stipulatu, si inter dividendum interposita sit stipulatio inter coheredes vel socios. l. 7. si fratre. Cod. communia utr. jud. V. Concurrit actio praescriptis verbis, si non intervenierit stipulatio. d. l. 7. & l. 14. si familiae. & l. 23. licet in f. Cod. famil. erisc. l. 20. si filia §. 3. si pater. ff. eod. VI. Concurrit etiam petitio hereditaria: ut in l. 44. §. si coheredes. ff. fam. erisc. & l. 51. §. si erga te ff. eod. tit. Quantum autem intersit inter has duas actiones, supra exposui. VII. Quæritur, An non etiam inter coheredes habeat locum crimen expilatae hereditatis? Sed hoc negandum est. Sufficit enim familiae eriscundae judicium, ad hoc, ut cæterorum coheredum indemnitati consulatur. l. 3. fam. eriscund. Expilatae igitur hereditatis crimen tantum habebit locum adversus extraneum, qui non sit coheres. VIII. Similiter quæritur de furti actione? Sed hanc quoque cessare scribit Vlpianus in l. 16. Et puto. §. fin. ff. fam. erisc. & sufficere judicium familiae eriscundae. Hæc de familiae erisc. actione.

Nunc de communi dividendo judicio videamus, quænam cum ea concurrant alia actiones. I. Cum ea quoque concurrit Actio negotiorum gestorum, vel potius ejus loco datur. l. 19. arbor. §. 2. si per eundem ff. communi divid. II. Concurrit actio praescriptis verbis, in casu l. 23. si convenerit. ff. communi divid. quæ ibi appellatur actio incerti civilis, ut sæpè alibi, maxime in tit. d. praescript. verb. III. Concurrit in rem actio Publiciana. l. 7. communi divid. §. qui in rem. ff. eod. IV. Concurrit Interdictum uti possidetis. l. 12. si ades. ff. d. tit. V. Concurrent, vel potius, pro actione communi dividendo cessante accommodantur, alia quædam interdicta, ut interdictum unde vi, item de precario, & quod vi aut clam: 7. §. 5. Iulianus. ff. communi divid. VI. Datur etiam Actio in factum prætoris, adversus eum, qui ne communi dividendo secum ageretur, rem transtulit in alium adversarium quem apponeret ei cum quo rem habebat communem. l. 34. communis

§. 1. ff. communi divid. & t. r. ff. de alien. jud. mut. caus. fact.

Cc

CAPVT

CAPVT DECIMVMQVINTVM,

DE ALIIS QVIBVSDAM CONTRACTIBVS AB VLPIS:
*non in hac Lege prætermiſſis, quid in illis alterum alteri
 præſtare oporteat.*

Absolutis huc usque illis contractibus, qui in hac lege enumerantur (Sunt autem numero 12. ut totum assem Vlpianus complere voluisse videatur.) non erit inutile, etiam alia quædam hinc prætermiſſa negotia adungere & ostendere, quid in illis præstandum sit. Neque enim existimandam, quod exempla hinc allata restringant regulam: sicut neque alias exemplorum ea vis est aut natura. Horum alia pertinent etiam ad bonæ fidei contractus: (de quibus solis, & quidem de nominatis tantum, non etiam de contractibus innominatis in h.l. tractari, jam supra admonui.) alia sunt stricti iuris: alia ad delicta vel quasi; alia denique aliud referuntur.

1. Quod attinet ad *Æstimatoriam præscriptis verbis*, quam recenset Imperator in §. *Actionum Institut. d. Action.* & Vlpianus in l. 1. *in fin. princip. digest. d. æstim. act.* Hinc periculum omne ad eum pertinet, cui res æstimata data est: ne id fiat venditionis causâ per ipsum faciendæ; ut scilicet pretium inde redactum reddatur ei qui rem dedit æstimatam: sive ut res sit in dote &c. Ubique enim hanc vim habet æstimatio, cuicumque etiam contractui sive negotio adjecta fuerit, ut faciat accipientem teneri de periculo rei; atque ita obligationem ipsius contractus intendat & augeat. l. 1. §. *fin. digest. d. æstimat. act. l. 5. §. commodatum, digest. Commodati. l. 10. plerunque & l. si rem. cum duabus legibus sequentibus. digest. de iur. dot. l. 1. Cod. eod. tit. cum simil.* Quam rem & supra attigi, cum de contractu Dotis dationis explicarem.

Deinde de Rerum permutatione, unde orta actio præscriptis verbis etiam est Bonæ fidei, §. *Actionem Institut. d. Actionibus*, admonendi sumus: in ea regulariter hæc præstari: dolum, & latam culpam, etiam levem: non etiam levissimam: perinde ut etiam in emptione venditione, cui perquam vicina & similis est rerum permutatio. §. *item pretium. Institut. de emption. & vendit. l. 2. digest. d. rer. permutat.* tamen non sit emptio. Neque enim simile est idem. l. 5. *Naturalis. §. 1. digest. d. præscript. verb.* Ratio igitur eadem quæ supra dicta: nempe quia in permutatione quoque versatur utriusque contrahentium utilitas. Valere igitur hinc quoque debet generalis regula tradita ab Vlpiano, l. 5. §. 2. *digestus Commodati.*

Atque ut summatim complectamur: De innominatis quoque contractibus: (qui sunt quatuor: *do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio facias*: enumerati.

merati & explicati diligenter à Paulo in l. 5. *naturalis*. §. 1. & 3. *seqq. digest. d. præscript. verb.* & ex parte attinguntur ab Vlpiano in l. 7. *Iuris Gentium*. §. 2. *sed et si ff. de pactis*.) ita jus est: I. siquidem solius dantis vel facientis utilitas in illo contractu innominato versatur, tunc alter cui scilicet datur quid vel fit, regulariter tantum de dolo & lata culpa teneatur: exemplo scilicet depositarii, ad quem proxime accedit. l. 17. *si gratuitam*. §. 2. *Papinianus. in f.* (aliàs est lex nova incipiens *si rem tibi inspiciendam*) *digest. d. præscript. verbis*. II. Si verò ad solius accipientis vel ejus cui quid sit utilitatem res omnis spectet: tunc non modò dolus & lata ac levis culpa, sed etiam levissima; sive exactissima diligentia, ab ipso præstanda est, exemplo Commodatarii. l. 10. *cum qui rem* §. 1. *ff. Commod.* & l. 23. *duo digest. d. præscript. verb. item. l. 78. rem inspiciendam. digest. d. furt.* III. Si denique tam dantis quàm accipientis, & tam facientis quàm ejus cui quid sit, utilitas in contractu innominato versetur, tum præstatur dolo lata ac levis culpa, non etiam levissima. l. 5. *Naturalis*. §. & *siquidem. l. 17. si gratuitam*. §. 1. & 4. *si cum mihi* & l. 20. *apud Labeonem*. §. *fin. digest. d. præscript. verb.* Ex quibus legibus etiam exempla peti possunt: quæ & absque interprete sunt facilia. Hæc trimembris distinctio satis ostendit, à Dd. non malè dictum esse, quod contractus innominati, regulentur secundum naturam nominatorum, ut Bartolus & alii *ad l. 5. digest. d. præscript. verb.* Sed obstare videtur distinctioni nostræ *d. leg. 17. §. 2. vers. secundum hæc. digest. d. præscript. verb.* ubi Vlpianus ait ex Papiniano, sine ulla distinctione, præstari dolum & culpam ei qui inspiciendum quid dedit; sive ipsius cui datur utilitas, sive utriusque hinc versetur in datione rei ad inspiciendum. Respond. per hæc verba non tollitur distinctio suprà allata: negatur aliquando præstandam esse culpam latam duntaxat, aliquando levem, aliquando levissimam, etiam in contractibus innominatis: sed in genere tantum dicitur, semper præstari culpam ab accipiente: intellige pro diversitate tamen casuum diversa: nunquam verò periculum sive casum fortuitum. Hæc de regula in contractibus innominatis ejusque ratione dicta sufficiant.

Exceptiones quoque hinc sunt eadem, quæ in contractibus nominatis suprà sunt allatæ & sæpè inculcatæ: nempe ab hac regula aliquando recedi vel propter apposita pacta contractibus, quibus hinc quoque si adjiciantur vis legis inest: vel propter culpam præcedentem, vel propter moram &c.

Quari potest de *petitione hereditatis*, quid in ea veniat præstandum? Respondendum si hereditas petatur ab alio possessore, qui non sit coheres (Nam inter coheredes, regulariter potius datur familiæ eriscundæ actio, de qua suprà dixi) tunc bonæ fidei possessor, post litem contestatam præstabit dolum, latam ac levem culpam: ut etiam in speciali in rem actione, sive Rei vindicatione, receptum est, ut rectè hinc monet Antonius Contius *pag. 48. per l. Et non tantum. digest. d. petir. heredit.* & l. *si servum. digestis de verborum obligation.* & l. *qui petitorio*. §. 1. *cum l. si culpa.* & l. *si a bonæ fidei.* & *leg. item digest. d. R. V.* Quæritur de *scripiti juris judicis*,
Cc 2 quod

quid in illis veniat præstandum? Putabat Eguinarius Baro, Idem in his dicendum, quod in Bonæ fidei judiciis. *dict. l. 17. si gratuitam. §. 2. digestis de præscriptis verbis.* ubi Vlpianus in contractibus etiam innominatis stricti Iuris videtur velle, quod sit locus regulæ, quam alibi tradidit de Bonæ fidei judiciis, ut in *dict. l. 5. digestis Commod.* Sed hanc sententiam refellit idem Contius *pagina 46.* eumque, tacito licet nomine ejus, secutus Deltio *capitulo decimo octavo in commentar. ad hanc legem.* Nam exemplum ibi allatum quàmproximè accedit ad contractum æstimatorium aliosque bonæ fidei contractus: sicut etiam illud negotium quod habetur in *l. rogasti. 11. digestis de rebus creditis.* Ex eo igitur loco non est sumenda generalis regula de quibuslibet contractibus stricti Iuris: quin potius regula in contrarium est constituenda; videlicet in illis contractibus strictis regulariter non venire culpam seu negligentiam ac desidiam. *l. 5. digestis de Rebus credit. l. 23. si ex legati. & l. 91. si servum. in principio digest. d. Verborum Obligar. & leg. 3. in principio vers. Proculus. d. cond. causa non secut.* Dices, cur in Mutuo etiam periculum præstandum est ab eo qui accepit? Respondetur Id duabus de causis fieri. 1. Quia dominium ibi tranlatum est in accipientem, sicut etiam in re æstimata data fieri supra dixi: *l. 10. digestis d. Iure dotium. l. 1. d. Æstimator. action.* 2. Quia in mutuo non debetur certa species sive corpus aliquod. verbi gratia, isti centum aurei qui sunt in sacculo vel in arca; sed genus, id est, in genere debentur centum aurei. Iam verò genus interire non potest *l. 11. Codic. si cert. petat. l. 1. §. is quoque digestis d. obligationibus & actionibus. & §. 1. Institut. Quibus modis re contrah. obl. & l. 1. ratione §. incertæ ff. ad l. Falc.*

Diximus de rebus ex contractu debitis vel quasi contractu: sed quid Iuris est de rebus ex ultima voluntate voluntate debitis: puta ex legato vel fideicommissio: quarum rerum nomine datur *Actio ex testamento*: ut notum est ex initio tituli *Institut. d. legat.* & aliæ quoque præterea actiones, ut ibidem explicatur? Petrus antiquus glossator distinguebat; ut si quidem heres magnam, legatarius autem vel fideicommissarius exiguam utilitatem ex legato vel fideicommissio percepisset; tunc heres teneatur de dolo, lata, levi ac levissima culpa. Et hanc distinctionem approbavit & secutus est etiam Bartolus. Sed hanc Antonius Contius *pagina 47.* refellit: ut quæ semper sibi falsa visa fuerit. Ipse igitur verius esse putat, ut inter legata & fideicommissa distinguamus: & dicamus, in illis quidem præstare heredem omnem culpam & diligentiam per *l. eum res. paragraph. culpa. digest. d. legat. 1.* In fideicommissis autem ut spectemus, an alterius tantum commodum ibi versetur, & tunc heres teneatur de dolo & lata culpa. *l. mulier. 22. digestis ad S. C. Trebellianum.* an verò utriusque commodum, & tunc de dolo & lata ac levi culpa præstanda tenetur. *l. 108. si servus. paragrapho cum quid digestis d. legat. 1.* de qua lege videndus etiam Cujacius in *tractatu ad African.* Idèò autem ait Contius non tantam custodiam cogendum esse heredem adhibere fideicommissio, quantam legato: quia legatum recta via transit à defuncto ad legatarium post illius mortem. *l. A Titio. 64. digestis de furtis. & l. 80. legatum. digestis de legat. 2.* ut
ita

ita statim fiat aliena res etiam ante traditionem : quia hinc ipsa lex, sive jus ipsum, transfert dominium: fideicommissum verò permanet in dominio heredis, donec id restituat fideicommissario, cui relictum est : non mirum ergò, quòd in ea re tanquam sua & propria possit negligentius versari. *l. 21. Cod. Mand.* Sed de hac distinctione Contij inter legata & fideicommissa, quantumvis probabili, ut dubitemus, facit *l. 2. C. communia de legat. & locus in pr. Inst. tit. de legat.* ubi hæc duo dicuntur inter se exæquari. Contius tamen negat hac in re exæquationem esse factam, sed adhuc differentiam, quæ erat Iure veteri, manere firmam : sicut & Giphanius in *comm. C. ad eand. leg.* contendit, contra communem opinionem, quam & Donellius sequitur, in multis Iuris articulis adhuc differentias aliquas inter legata & fideicommissa etiam post illam *l. 2.* remanere. Delrio certè discrimen illud hac in re negligit : & tam in fideicommissis quàm in legatis putat sequendam esse eandem distinctionem trimembrem, quam suprà in hac l. exposui, & ad quam sæpe recurrendum fuit, ex *l. 5. §. 2. ff. Commodati.* In qua sententia hinc etiam est Giphanius.

Quæritur quid præstari debeat ab eo, qui, *petita bonorum possessione, contra tabulas, conferre debet aliquas res.* Respond. ex *l. 2. paragr. de illis de collat. bon.* hunc teneri de dolo & lata ac levi culpa : Et meritò : quia collatio imaginem quandam continet societatis, in qua ista præstanda esse suprà diximus. Quæritur de *Iurisconsulto, Adfessore, & Advocato*; ad quid illi teneantur : si fortè primus consilium dedit clienti quod ei nocuerit, & alter Iudici, & tertius patrocinium præstiterit non tam salutare quàm noxium ? Et dicendum videtur, hos non teneri de levi culpa, sive imperitia, sed tantum de dolo, cui etiam lata culpa annumeranda est. Hæc & Iasonis & Zali olim fuit sententia, probata etiam Giphanio & Ant. Delrio ad *h. l.* Cujus ratio est : tum quia si quis minus peritum vel consultum Iuris adhibuit, sibi hoc debet imputare, cum potuerit adire peritiorem. *l. 1. §. 1. l. 3. ff. si mensor. fals. mod. dix.* tum quia Iudex sive Magistratus non cogitur sequi consilium & sententiam sui adfessoris : sicut & alias consilium positum est extra necessitatem parendi.

Quæritur ulterius de *Magistratu & Iudice*, quid ille præstare teneatur ? Et quamvis Baldus aliq; distinguant inter eos qui non sponte sua Magistratum susceperunt : quos volunt tantum præstare dolum & latam culpam : & inter eos qui sua ambitione & cupiditate impulsî, affectârunt honores : ut hi etiam de levissima culpa teneantur : cum videantur polliceri peritiam & diligentiam exactam : tamen magis probo sententiam Giphani & Antonij Delrio, quòd indistinctè quilibet Magistratus regulariter teneatur de lata ac levi culpa tantum : idq; exemplo tutorum : cum & Cicero in *offic.* procuracionem Reip. sive Magistratus administrationem, comparet cum tutela. Nam utrumque munus est publicum & necessarium, quod & invitis imponitur : utrumque finem habet sibi propositum, aliorum utilitatem potius quàm gerentis. Interdum tamen pro diversitate casus etiam ad summam & exactissimam diligentiam Magistratus tenetur. *l. 1. & l. 4. ff. de Magistr. conven.*

Cc 3

Quod

Quod idem etiam de Iudice dicendum & omnibus iis, qui quoquo modo Reipublicæ inserviunt: itemque qui in re militari ordines ducunt: ut notat Giphanius *hic*.

Quæritur quid Iuris sit in *Apparitoribus* sive *Officiariis*, quorum fidei & curæ commissa sunt res arresto obstrictæ. Respond. Hi quoque exemplo tutorum & Magistratuum de dolo, lata ac levi culpa tenentur. Ita P. Peckius in *tract. de lare sistendi*, c. 30. post P. Rebuffum, & alios.

Quæritur porro de *Agri mensore*. Est autem Agri-mensor, vel simpliciter Mensor, is, cujus opera & artificio utimur in demetiendis agris sive fundis & regundis finibus Germanicè *Feldmesser*. De quo si quis quærat, cur non ad titulum *Locati* fuerit relatus: sed à vulgari locatione hoc negotium separetur: dicam hoc fieri propter artis præstantiam & nobilitatem, quæ non patitur talem operam venire in locationis contractum: sicut neque Iuris civilis scientia pretio nummario dehonestanda est, cum sit res sanctissima. l. 1. §. 1. ff. de *extraord. cogn.* Respond. ad propositam quæstionem: hunc regulariter tantum de dolo & lata culpa teneri. l. 1. ff. si *mensor fals. mod. dix.* Aliquando etiam de imperitia tenetur, in subsidium nempe, quando is, qui lucrum percepit ex falsa ejus dimensione, non est solvendo. l. 3. ff. *de l. 2.* Quid de *Receptoribus*, *Nautis*, *Cauponibus* & *Stabulariis* dicendum est? Respond. Si quis horum aliquas res viatoris sive hospitis vel vectoris salvas fore receperit; is tenetur de dolo, lata ac levi culpa; imò etiam de custodia. Quare si quid ex aliqua harum causarum fortè perierit, vel amissum fuerit, ejus periculum atque amissio pertinebit ad receptorem: dummodò non amissum sit vi aliqua majore, sive fatali damno. l. 1. & l. 3. §. 1. ff. *naut. caup. &c.* Quod probè notandum est, maxime viatoribus, etiam contra nostri temporis caupones; quibus asservandum aliquid commiserimus.

Porro quæritur etiam de *Proxenetâ*, quem Latini *pararium* vocant, Germani, *Ein Vnterhändler*/ Græci *μεσίτης* quales sunt, v.g. qui inter duos medii interveniunt ad contractum aliquem promovendum vel conciliandum; puta ut inter aliquos fiat emptio venditio, vel permutatio; vel ut mutuum detur & accipiatur: Item ut societas, ut matrimonium contrahatur, &c. quibus quod pro sua opera datur præmium, appellatur *proxeneticum*. l. 1. ff. de *proxen.* & ibi *Cujac. in paratitl.* Respond. Proxenetâ teneri tantum de dolo & lata culpa. l. 2. in pr. ff. de *proxen.* l. 3. ff. de *dol. mal.* & l. 10. §. si quis. ff. *Mandat* Ratio est: quia qui operam præstat alteri proxeneticam, non est ab similibus consilium danti: ex consilio autem suo, dummodo fraudulentum non sit, nemo obligatur. l. 47. *consilij infra l. 1. & dixi. supra cum explicarem de obligatione mandat.* Non erit igitur proxenetâ fraudi, etiam si quid dixerit ad commendationem & laudem vel rei vel personæ, supra fidem veri, rem vel personam extollens: cum id ad officium ejus pertinere videatur. Exemplum ferè quotidianum est in conciliando matrimonio, vel mutuo, vel emendo ac vendendo, &c. Qui verò nimis fuerit credulus proxenetâ, atque ita captus est; sibi hoc imputet, quæq; facilitati, quod non melius rem exploraverit aliunde, & so-

& solius pararii fidem secutus sit. Hic enim à se ipso potius quàm ab alio decipitur. Nam ipsi quoque venditori multa dicere licet ad commendationem & laudem suæ rei, quam cupit vendere; & quidem quàm carissimè potest. l. 8. C. de rescind. vend. & l. 43. ea quæ ff. de contrah. empr. & l. 37. ff. de dol. mal. & l. 19. ff. de Edil. edit. (secundum illud vulgatum,

Laudat venales qui vult extrudere merces.

Quæ tamen liberum est emptori credere vel non credere: ideoque si per illam laudationem laesus sit, non de venditore, qui fecit quod iura ipsi permittunt, & quod consentit ipsius voto carissimè rem vendendi, de quo est in d. l. 8. sed de se ipso conqueri debet, cum possit ipsi obijci illud proverbiale, *Disce cautius mercari.* l. 2. C. de furt.

Quæritur etiam de *Prelato Ecclesiæ vel Monasterij*, id est, de Episcopo vel Abbate, quid ille præstet? Et Respondendum præstare quicquid per negligentiam commiserit: hoc est, teneri etiam de levi culpa: adeoque ob eam etiam deponi posse ab officio. Ita Gloss. in *distinct.* 81. & in *cap. non omnes.* 2. *quest.* 7. & in *Can. sap. sit.* 12. *quæ sit.* 2. Hic tamen addendum est, non debere id quod à prelato factum sit obesse Ecclesiæ vel Monasterio cui præstet. Neque enim quod pastor iniquè gesserit, Ecclesiæ fas est in damna refundi, ut ait Gunther. *lib. 2. de gest. Frid. infra.* ubi ante oculos habuisse, & indicare voluisse videtur locum Gregorij Magni, *lib. 11. Epistol. 50.* quia delictum personæ in damnum Ecclesiæ non est convertendum; quod dictum refertur a Gratiano *in c. 3. si Episcopum.* 16. *quest.* 6.

Restat sub hoc cap. ut videamus quid in *Delictis* præstetur. Et certi juris est; In veris ac propriis delictis requiri dolum, iure quæ non committuntur. In contractibus quidem sub dolo continetur etiam lata culpa: & illi æquiparatur, & prope dolum accedere dicitur: imò etiam esse dolum, ut supra probavi legibus multis, cum de lata culpa, quibus addi potest l. de arate. §. pen. ff. de interreg. in iure fac. verum in delictis tam privatis quàm publicis (quorum hæc propriè crimina dicuntur) aliter se res habet. Ibi enim lata culpa sub dolo non comprehenditur: imò à dolo distinguitur: non quidem ut planè sit impunita: sed ut mitius puniatur, & extra ordinem. Nam in delictis semper requiritur, ut dolo malo & calliditate quadam & improba voluntate quid factum sit, nec sufficit lata culpa ad hoc, ut verum sit delictum, & ordinaria pœna dignum. l. 50. in furti. §. 2. & l. 90. §. 1. in pr. ff. de furt. l. 1. in pr. l. 3. & l. 5. ff. de serv. corr. & l. 7. in l. Corn. ff. ad l. Corn. de sicar. unde etiam fit, ut qui doli capaces non sunt, delictum verum non committant: quales sunt furiosi & dementes, & nonnulli quoque impuberes, nempe qui non sunt proximi pubertati. l. 23. impuberes. cum l. seq. & d. l. 50. ff. de furt. §. in summa. Instit. de obl. quæ ex del. & c. & l. 3. §. 1. de insur. l. 14. Divus. ff. de offic. præsid. cum simil. Dixi de veris delictis, ea sine dolo malo non committi, neque ab illis qui doli non sunt capaces Excipitur Damnum injuria datum. Nam in actionem L. Aquiliæ venit non tantum, si dolo & lata culpa quid factum sit, verum etiam si levi: adeoque in levi delicto, §. in iuria. versicul. ac ne is quidem Instit. de lege Aquilia. & leg. quadragesimo quartum. In lege digest. ad legem Aquiliam. Ratio videri potest apud Hotomanum in

Instit.

Institution. Aliud est in quasi delictis sive impropriis. In his enim lata culpa spectatur, & imprudentia quoque. *l. r. Instit. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc.* Non est omitterendum, in delictis teneri delinquentem etiam de mora. Nam fur, v. g. semper moram facere intelligitur. *l. fin. ff. de condict. furt.* Multa hinc affert Delrio de fatiosis, dementibus, prodigis, & papillis, eorumque discrimine: quæ mihi satis aliena videntur: neque in h. l. propositum fuit Vlpiano explicare, de personis, quæ obligentur ex contractibus suis vel non obligentur: sed de iis rebus, quæ in unoquoque contractu præstentur, vel non præstentur.

CAPVT DECIMVM SEXTVM,

DE PACIS QUÆ CONTRACTIBVS ADIICIVNTVR;

Quam vim habeant: Quotuplicia sint: quatenus valeant & inutilia sint: quæ & quatenus sint inutilia, & nullius momenti.

FUIT hucusque prima pars nostræ Legis: in qua distinctè expositum est, quid recipiat quilibet contractus: sive quid in unoquoque regulariter alterum alteri præstare oporteat, ex vi & natura contractus: ubi etiam in appendice aliquid attigimus de aliis negotiis hic prætermisissis, quid ibi præstandum veniat. Sequitur jam altera hujus Legis pars, in *vers. sed hæc ita.* quæ continet Exceptionem à regula: nimirum hanc: *Nisi pacto contrahentium fuerit à communi natura contractus recessum, & aliquid de ea immutatum.* Restat igitur, ut hic de pactis explicemus, siquidem argumento Legis nostræ satisfacere, neque prævaricari volumus: Neque vero huc infarcienda est tota pactorum natura, ut quicquid de pactis tradi vel disputari potest, huc congeratur: (Nam hoc alienum & præposterum foret: cum de pactis proprium in Iure titulum habeamus: ubi latè exponitur, quid sit pactum, & quotuplex: item quis, & de quibus rebus, & quomodo pacisci possit: & quæ sit vis, quis effectus pactorum utilium. Sed quatenus pacta contractibus adjecta vel utilia sint atque efficacia ad naturam contractuum immutandam, vel tanquam inutilia atque invalida reprobentur, id hujus est loci examinare. Illustis omnino est hæc disputatio, nec immeritò etiam ab eruditissimo Hotomanno in illustres quæstiones relata, ubi hac de re agit quæstionibus duabus; 6. & seq. prolixè etiam hac de re tractatur ab Interpretibus communiter ad *leg. 7. Iur. gentium. §. Quin imò. & §. adeò. ff. de pact. & ad l. 72. pacta conventa. ff. de contrahend. empr.* in quam Legem extant præter veteres Dd. etiam Commentarii Berengarii, Fernandi Professoris Oscanis in Hispania, & Cujacii in *Papiniano lib. 10. Quæstionum:* ubi d. l. 72. appellat, exemplo veterum famosissimam, & quæ nulla sit de pactis scripta lex elegantior.

Vt autem tantò melius intelligi possit tota vis & natura pactorum conventionum, quæ contractibus adjiuntur: (Nam de his solis, ut modò dixi, hic proprius est explicandi locus.) quædam præmittenda sunt evidentiæ causa.

Primum igitur evidentiæ hoc esse potest: *Conventionem* esse genus, quod in duas species diducitur: *Pacta* nimirum & *Contractus*. l. 1. §. 3. *conventionis*. ff. de pact. Cujacius in Papiniano dict. libr. 10. quest. Et Ioann. Borchold. de pact. cap. 1. num. 8.

Secundo loco præmittendum est: *Pacta* & *Contractus* inter se plurimum differre: ut suprà exposui ad initium h. l. potissima verò differentia hæc est: quòd *pacta* nuda non pariant actionem, sed tantum exceptionem: Cujus rei ratio suprà est indicata: *Contractus* autem producant actionem, multoque magis etiam exceptionem: Ex regula Iuris, *Cui damus actionem, eidem & exceptionem, multò magis competere dicendum est.*

Tertiò præmuniendum est: *Pactorum* alia rectè dici posse *absoluta*, alia *relata*. *Absoluta*, quæ per se consistunt. Hotomannus etiam hæc *Simplicia* vocat, quest. 36. in princ. *Relata* verò quæ per se non constant, sed alteri cuiuspiam negotio principali sive contractui, qui etiam sine pactis suis viribus constare poterat, adjunguntur, eoque referuntur. Hotomannus hæc etiam *adjuncta* & *attributa* dici posse scribit.

Quartò. *Pacta* adjiuntur contractibus (sive bonæ fidei sive stricti juris sint, nihil refert) vel in continenti; vel ex intervallo. d. l. 7. §. Quintò. ff. de pact. & l. 13. In bonæ fidei. C. eod. tit. & d. l. 72. ff. de contrah. empt. Et inter hæc multum interell, quoad effectum, de quo infra.

Quintò. In continenti sive ex continenti dicitur *adjectum pactum*, quod sit immediate, ante vel post contractum, sive in ingressu vel egressu contractus: sive in ipso limine contractus, ut loquuntur Imp. in l. 24. C. de Evid. priusquam scil. contrahentes descenderint sive diverterint ad aliquem actum extraneum, qui cum contractu præsentē nihil commune habeat. dd. l. juncta l. 27. petens. C. de pact. & l. 3. C. de adl. act. Ex quibus duabus legibus notandum est, etiam illa *pacta*, quæ contractum ipsum antecedunt, rectè dici in continenti apposita (intellige, dummodò nihil extraneum intervenerit) nec interesse quicquam, utrum præcedat pactum, an verò statim subsequatur contractum. Nam res ad intellectum potius, quàm ad tempus referenda est: ut argutè animadvertit Cujacius d. libr. 10. questionum Papin. p. 244. col. Voluerunt quidam Interpretes in continenti fieri etiam illud dici, quod sit intra dierum decem spacium. l. 1. §. 8. item si. ff. ad L. Falcid. Ita & Berengar. ad d. l. 72. præfat. 3. num. 1. sed hoc non facillè est admittendum. Nam in d. l. 1. (quo illi argumento nituntur) de decem diebus nullum habetur verbum; sed hoc tantum dicitur, in continenti accipiendum esse cum aliquo spatio, sive (ut a libi solet dici) cum quodam temperamento. Præterea nihil in ea lege dicitur de pactis vel in continenti, vel ex intervallo adjectis: ut mirer, quid tandem in mente venerit iis, qui legem nihil huc pertinentem quasi obtorto collo tamen huc pertraxerint. Hinc facillè à contrario intelligi potest, quid sit *ex intervallo interponi pactum*: nempe quod postea sit, quando contractus jam perfectus habebatur,

D d

bebatur,

beatur, & postquam contrahens jam ad alia negotia extranea divertit, sive deflexit. *dictis legibus, & l. 6. §. fin. in fin. & l. 12. si ex duobus. ff. de duobus reis constit.* Facit huc *l. continuus. 137. princ. ff. de verbor. oblig.* Berengarius *dicto loco*, hoc arbitrio iudicis relinquendum esse potius, quam certis regulis definiri putat. *l. 1. §. fin. ff. de jure delib.* Cui assentior. & videatur in eandem sententiam Iacobus Menochius *libr. 2. de arbitr. jud. quest.*

Sexto prætermittendum est: unumquemque contractum habere suam quandam propriam formam, à lege vel moribus sibi attributam: quod pulchrè demonstrat Giphanius in *disput. de action. empti.* contra Cujacium, qui in *paratitl. C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis*, vult, nullam posse dari certam ac perpetuam formam contractus, v. g. emptionis venditionis, locationis, conductionis, &c. quia scilicet omnis ejus forma pendeat ex varietate & qualitate pactorum, quæ forment contractum & actionem ex eo. Sed hoc parum consideratè dici, vel ex eo patet, quia multi sunt contractus, quibus pacta nulla adjiciuntur, sed manent in terminis communibus, quibus alioqui contractus illi continentur. Iam si tales contractus, quibus nulla adjiciuntur pacta, nullam quoque ex scriptis haberent formam, sed ea tota ex pactorum adjectione penderet: consequens esset, illos suâ formâ destitui. Hoc autem est absurdum: quia forma, ut in physicis, sic etiam in rebus civilibus, & actionibus humanis, est, quæ dat esse rei: & quâ destructâ, interit res ipsa. *gloss. & Doctores ad l. 9. Julianus. §. 3. in fin. ff. Ad exhib. l. 7. §. quod si toto. ff. de acquir. rer. dom.* Verius igitur omnino est, unumquemque contractum suam habere formam, naturam & substantiam: etiam si non accipiat aut mutuetur quicquam à pactis sibi appositis: Eaque forma alio nomine à Ictis appellatur status & natura obligationis: ut *l. 9. §. 1. ff. de duobus reis. l. 27. §. 2. in fin. ff. de pact.* Appellantur etiam *termini contractus*, ut in *l. Lucius. 24. ff. Depos.* Quomodo Lucretius in rebus naturalibus appellat *finis cujusque rei*, quos si qua res transierit, desinat esse id quod ante fuit, & aliud esse incipiat.

Septimò: In quolibet contractu à Ictis veteribus duo hæc potissimum considerantur: *Substantia contractus*, (quam & naturam ejus aliquando vocant: Hotomannus etiam *essentiam*) & *adminicula sive accidentia contractus*. *d. l. 72. pact. i. ff. de contrah. empt. & d. l. 7. §. Quinimò in verbis: Extra naturam contractus.* *Substantia contractus* est, id sine quo contractus subsistere non potest: v. g. Emptionis venditionis substantia est, merx sive res, quæ veneat, & pretium in pecunia numerata, sive nummis consistens. Ex his namque constat hic contractus, & substantiam capit obligatio, ut verbis utar Iustiniani, in *tit. Inst. de obl. quæ ex consensu.* & sine his nulla intelligi potest emptio venditio. *§. pretium. Instit. de empt. & vend. l. 2. §. 1. & l. 8. in pr. & d. l. 72. ff. de contrahend. empt.* Addi solet vulgò etiam tertium substantiale, videlicet *consensus*. Et quidem verissimum est, emptionem consensu peragi, & consensum hic omnino intercedere debere, aded, ut error & dissensio vitiet contractum: *l. 1. §. fin. & l. 9. in venditionib. in princ. ff. de contrah. empt.* Sed hoc quoque notandum, quod consensus non tantum in emptione & venditione necessarius sit, verum etiam in omnibus omnino contractibus. *l. 57. in omnib. ff. de O. & A. ut etiam in transferendo rerum dominio. l. 55. in omnib. ff. eod. tit.* Hæc igitur tria ubicunque adsunt,

ad sunt, res scilicet venalis, sive merx, pretium ejus, & consensus contrahentium circa utrumque, jam perfecta est substantia contractus istius, sive substantiam cepit obligatio. Si vero vel unum ex his desit, deficit contractus in sui substantia, sive nulla est, nulla quoque intelligi potest emptio venditio. *Adminicula contractus* sive *accidentia ejus* sunt, quæ extra naturam sunt contractus, ut loquitur Ulpianus in d. §. quin imo. l. 7. *supr. de pact.* sive quæ possunt adesse vel abesse, & sine quibus contractus bene potest consistere: v. g. talis est in contractu emptionis venditionis cautio de evictione, & dupla repromissio, si rem emptori habere non liceat. l. 37. *emptori in princ. ff. de evict. cum simil. ll.* Consistit enim nihilominus substantia contractus emptionis venditionis, etsi nihil de evictione cautum vel dictum fuerit: etiam si quoque à venditore non detur hoc nomine emptori fidejussor, qui à ICtis eleganter vocatur *secundus auctor*. l. 4. *in princ. de evict.* respectu scilicet primi auctoris, qui est ipse venditor. l. 51. *si per. in princ. & l. Herennius. 63. §. 1. & 2. & ibi Budæus in Annotat. Pand. ff. de evict. & l. 3. l. 7. cum duab. seqq. l. 11. & l. 17. C. de evict.* Hic enim (venditor) semper tenetur præstare emptori auctoritatem sive evictionem, si ei res auferatur, ut eam habere non liceat. l. fin. & l. 1. *ff. de evict. & t. 1. C. cod.* Idem discrimen inter substantiam & adminicula contractuum pluribus exemplis declarari posset, eundo per omnes contractus: sed ut modum servemus, hoc unum pro omnibus brevitatis causa nunc sufficiat. Hoc non est prætermittendum: quod glossographi non contenti hac simplici veraque doctrina & bimembri illa distinctione eorum, quæ in contractibus versantur, plures etiam excogitaverint rerum species: quasi scilicet cum Papiniano & Ulpiano de laude subtilitatis & acuminis certare voluissent. Nam Accursius, ejusque sequaces alia constituerunt contractuum *substantialia*, alia *Naturalia*, alia denique *Accidentalibus*: ut videre est post veteres Dd. apud P. Nic. Mozzium in *Traçtatu de contractibus, per totum*. Sunt etiam, qui ne hac quidem trimembri divisione contenti, adhuc λεπτομερῶς, h. e. minutiùs dissecant. Naturalia enim subdividunt in *intrinseca* & *extrinseca*: ut videri potest apud Berengarium Fernandum in *comm. ad d. l. 72. præfat. 3. n. 5.* ubi ex Alberico de Rosate, Naturalia intrinseca, sive innata contractui, ea esse dicit, quæ licet non exprimantur per contrahentes, tamen ipsa lex contractui tribuit: idque ibidem declarat exemplis: sicut naturalia extrinseca, quæ putat esse eadem cum illis, quæ Papinianus vocat Adminicula: sub quo tamen verbo etiam Accidentalibus putat comprehendere. Ioan. Schneidev. *ad tit. Inst. de obl. sub rub. de contractib. n. 20. cum 3. seqq.* eumque secutus Ludolph. Schrader. *civis meus clariss. in com. de contractib.* quatuor faciunt species: ut *substantialia*, *naturalia*, *solennia*, & *accidentalibus*: quæ etiam passim in singulis speciebus contractuum Schraderus inculcat. Sed præstat fortassè loqui cum antiquis & elegantioribus illis ICtis, exemplo etiam Hotomanni & Cujacii: quorum iste in *Papin. pag. 242.* disertè rejicit illam Accursij distinctionem inter substantialia & naturalia. *Non est* (inquit) *constituenda differentia inter naturam & substantiam. Accursius dicit, Alia esse pacta de naturalibus, alia de substantialibus alia de accidentalibus. Male. Nam naturalia & substantialia idem sunt: Et rursus: Naturalia & accidentalibus idem non sunt, veluti adminicula.* Et mox: *Pacta, quæ sunt de adminiculis, nos Accidentalibus dicimus.* Giphanius quoque in *Comm. de di-*

vis. juris. consimiliter hanc Dd. divisionem refellit. Non negotamen, aliquando etiam à veteribus Naturam contractus aliter quam pro substantiâ ejus usurpari: ut cum Paulus ait, Naturam mandati esse, ut in eo præstetur levis culpa, & tamen pacto effici posse, ut hanc naturam suam excedat. l. 5. §. pen. ff. d. *prescript. verb.* ubi certe non potest dici: naturam mandati idem valere quod substantia. Hæc enim pacto immutari non posset. Videatur & Hotomannus *illustr. quest.* 37.

Octavò notandum est: alia esse pacta *adjicientia*, alia *detrabentia contractui*. *Adjicientia* pacta sunt, quæ aliquid adjiciendo sive ad substantiam contractus, sive ad ejus adminicula, eum augent & amplificanc: proindeque conditionem Actoris efficiunt meliorem, Rei verò duriores. *Detrahentia* pacta sunt, non per quæ ab ipso contractu planè receditur (ut voluit Cujacius ad d. lib. 10. *quest. Papiniani pag.* 242. quem refert Hotomannus: Cui magis assentior) sed potius, quibus aliquid de substantia vel adminiculis contractus detrahatur, ita tamen, ut interim contractus maneat. Hæc pacta conditionem sive obligationem Rei faciunt leviores & faciliorem. Vtrumque genus multis exemplis ac legibus declarat Hotomannus d. *quest.* 36. *in princ.* Ut autem suprâ Dd. non erant contenti illâ divisione in substantiam & adminicula contractus, sed plura excogitarunt membra: ita hîc quoque pacta multiplicia introduxerunt. Nam alia vocarunt pacta *Informativa*: alia *Reformativa*, alia *Transformativa*, alia *Conformativa*, alia *Deformativa*, alia denique *Resolutiva*: quæ singula Berengarius in d. *Comment.* declarat suis definitionibus & exemplis: quæ nihil necesse est nos huc transcribere. Hoc tantum dico, videri illos Interpretes interdum nimis acutè cernere, & Papiniano atque Vlpiano ipso sapientiores oculatiores esse voluisse. Et tamen non oportet nos horum terminorum prorsus esse rudes & ignaros, vel propter scripta Interpretum in quibus illi sæpe occurrunt.

Nono & postremò distinguendum est inter *rem integram & non integram*. Non parum enim interest, utrum pacta adjiciantur contractui, dum res est integra, an verò quando non amplius integra est. Tamdiu autem res dicitur integra, quamdiu nihil est secutum: v.g. in emptione & venditione res est integra, si neque res tradita sit emptori, neque pretium numeratum venditori: & similiter in cæteris contractibus, qui consensu fiunt: vel etiam si re jam secutâ postea in integrum, sive in priorem statum omnia sint restituta: ut explicatur plenius §. *fin. Inst. Quib. mod. toll. obl. & in l. 7. §. adeo. ff. d. pact. & l. 58. ab emptione eod. tit. & l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. recedere, cum simil.* Hinc faciliè à contrario intelligitur, quando res non sit integra: nimirum re jam secutâ: v.g. cum vel Emptor numeravit pretium, vel rem tradidit venditor.

His necessariis ad majorem evidentiam præmonitionibus factis, deinceps regulas ipsas de viribus pactorum contractibus adjectorum videamus.

Prima igitur regula hæc sit: *Pacta in continenti sive initio & in ipso ingressu contractui adjecta, insunt contractui, & ipsi legem dant & formant ipsam actionem: ac locum habent tam ex parte Actoris, quam ex parte Rei.* Ex parte actoris, ut scilicet ei detur actio: ex parte rei, ut illi detur exceptio. In qua tamen exceptione

ne

ne etiam imple agere dicitur, & actoris partibus fungi. l. 1. in princ. ff. de edendo. Altera Regula hæc esto: *Pacta ex intervallo apposita, ex parte Rei duntaxat locum habent, sive insunt, non etiam Actoris*: Id est illi quidem actionem pariunt: huic vero actionem non producant. Sumuntur hæc regula ex l. 7. §. *Quin imò.* ff. de pact. & l. 13. in bonæ fidei C. eod. tit. cum sim. ll. in gl. alleg. utramque vero breviter explicemus. Ac primo rationem utriusque videamus. Est autem prioris quidem illa ratio: quia pacta juri præstare dicuntur, ut est vetus verbum apud Cornificium in lib. ad Herenn. id est præstabiliora vel potiora sunt pacta jure & legibus ipsis. Et si autem pacta ipsa per se, sive nuda, nimis sunt imbecilla, quam ut actionem pariant: tamen continentia ipsa sive coherencia contractus, cui adjecta fuerint, majus robur ipsis attribuit & communicat, ut jam non amplius nuda esse videantur, sed actionem quoque producant, quam si sola fuissent, absque contractu, cui adjiuntur, nequaquam produxissent. Dd. vulgò aiunt hæc esse pactum *vestitum*. Nam ex variis vestimentis pactorum quæ consarcinârunt (quæque post Accursium, & alios, repetuntur etiam à Schneidevvin o ad tit. Instit. d. obl. sub rubr. d. pactis. n. 11. & 7. seqq.) unum faciunt, coherenciam contractus: quam loquendi formulam veteribus usitatissimam Interpretes recentiores ferè solent repudiare, explodere, & exagitare: nec sanè immeritò. Posterioris regulæ, cur inquam pactum ex intervallo factum Reo tantum profit ad exceptionem, non etiam Actori proficiat ad actionem; ratio hæc est: quia tale pactum per se consistit ac nudum est, nullasque vires accipit à cohesione seu coherencia contractus: Idem ergò de illo est judicium, quod de quovis alio nudo pacto, (sive ut supra ex Hotomanno appellavimus) absoluto: de quo genere hæc est regula sæpissimè in jure nostro repetita: *Ex pacto lute Civili actio non nascitur.* d. l. 7. §. *quin imò*, ubi ter hoc repetiit Vlpianus pro ratione, ff. de pactis. l. 27. si tibi. C. d. locato, cum simil. Notandum est autem, quod in utraque regula promiscuè usus sum his formulis: *Inesse ex parte actoris vel Rei, & locum habere ex hac vel illa parte*: qua in re sequor Vlpianum in d. l. 7. §. *Quin imò.* & §. seqq. ubi hæc duo pro eodem accipit. Nam distinctio Hotomanni, qui putat in d. *quasi. illustr.* 36. non rectè dici de eo, ex ipsius parte inesse pacta, sed tantum de actore sic loquendum esse, nimis subtilis videtur, ab Vlpiano certè neglecta, qui promiscuè his formulis utitur, *Inesse, & locum habere.*

Dixi in priori regulæ, *pacta initio contractui adjecta*, nec addidi, utrùm hoc intelligi debeat de bonæ fidei contractibus, an verò etiam de strictis. Plerique hoc negant & contendunt, tantum de bonæ fidei contractibus veram esse, quod pacta in continenti apposita, illis insint. Rationes has adferunt. 1. Quia nullus in iure locus extet, quo probari possit pacta etiam strictis contractibus in continenti adjecta inesse. 2. Quia Leges nominatim de Bonæ fidei contractibus loquantur; quod certè frustra fieret, si idem etiam in strictis oberneret. d. l. 7. §. *Quin imò.* ff. d. pactis. & d. l. 13. in bonæ fidei. C. eod. Inclusio igitur unius habenda est pro exclusione alterius generis. 3. Afferunt l. 27. *perens.* & l. seq. C. d. pact. & l. 17. si tibi in pr. ff. eod. l. 11. *rogasti.* §. si tibi. vers. sed si ff. d. reb. cred. Videatur & Cuiacius ad l. 7. d. pact. & in tract. 8. ad Affric. & in observ. lib. 10. cap. 24. Item Donellus

Dd 3.

in com.

in comment. ad d.l. 13. Cod. d. pact. & ad l. si ita 135. §. Seja. n. 12. & 14. ff. d. V. Obl. & Borchold. in tract. d. pactis cap. fin. n. 46. Item Giphanius in tit. ff. de pact. Hottomannus tamen in d. quest. 36. & lib. I. amicab. resp. cap. fin. in contraria est sententia existimans, summam esse hac in re convenientiam inter contractus bonæ fidei & stricti juris; & illam disputationem de vi pactorum contractibus adjectorum utrique generi communē esse: quod quo pacto demonstrare conetur, apud ipsum legere licet. Allegant quidam etiam l. 52. ff. de verb. obl. sed satis impertinenter, ut mihi quidem videtur. Nam dum ibi scribit Vlpianus, contrahentes dare formā contractui in stipulationibus conventionalibus, non loquitur de pactis in continenti adjectis stipulationi, (de quibus hic in regula agimus) sed de ipsis formulis stipulationum conventionalium, quas ait concipi pro arbitrio contrahentium, secus quam in stipulationib. pratoriis. Propositum enim est Icto, ostendere discrimen inter conventionales & pratorias stipulationes: quarum illæ accipiunt formam suam & legem ex ipsa conventionē contrahentium, unde & nomen habent: hæc verò ex mente & auctoritate pratoris totæ dependent; adeò, ut in ipsis nihil possit immutari, nihil addi, nihil detrahi. Iam verò inter formulā sive conceptionem istam stipulationis, & inter pacta stipulationi adjecta multum interesse, nemo non intelligit, tantum scilicet, quantum inter substantiam & accidentia rei. De illa autem questione paulò superius motā breviter sic sentio: utrumque rectè dici, pacta in continenti adjecta inesse bonæ fidei contractibus, & inesse quoque contractibus stricti juris: sed diversimodè. Nam in priori quidem genere insunt omnia pacta, tam quæ creditori sive auctori prosunt, quam quæ debitori sive reo: In stricti verò Iuris contractibus, v.g. in stipulatione, in mutuo, insunt non omnia, sed tantum ea, quæ prosunt reo. Exemplum est in l. lecta. 40. d. reb. cred. ubi Paulus. Pacta (inquit) in continenti adjecta stipulationi inesse creduntur: nempe quia pactum ibi factum erat pro reo, ad hoc, ut ipsius obligatio minueretur ac levior fieret: puta ut quod una vice proximis calendis solvere debebat, solvat per partes, & diversis temporibus &c. Ratio diversitatis inter contractus bonæ fidei & stricti Iuris, quare in illis omnia insunt pacta, & quæ auctori & quæ reo prosunt, in his verò ea tantum, quæ Reo, hæc est: quia in contractibus strictis, ut in stipulatione, omnia strictè accipimus, ita ut nihil quicquam in stipulationem deductum intelligatur, quod non sit comprehensum ipsis verbis stipulationis. l. quicquid. 99. ff. de V. O. sed in bonæ fidei contractibus laxior est æquitas & bona fides, quæ ibi magis dominatur. In illis iudex formulæ certæ adstrictus est: in istis verò ex æquo & bono judicat, ut docet Imperator in §. in bona fidei. Instit. d. Action. Quocirca non est mirum, quod pactum bonæ fidei contractui in continenti appositum ab auctore, & pro ipso, si recipiatur atque inferatur in ipsum contractum, ut quasi pars ejus fiat, & formet aut reformet ipsum contractum & actionem inde ortam. dict. l. 7. §. Quin imò. ff. de pactis: & l. 10. cum dotem. Cod. d. Iur. dot. Quod idem non potest dici de strictis contractibus, ubi (ut aiebam) omnia strictè sunt accipienda, neque igitur pactum ibi pro creditore adjectum inerit, ut ei producat actionē. Pro Reo tamen adjectum inerit: sed cum hoc discrimine à pactis bonæ fidei iudicio adjectis; quod in bonæ fidei iudicijs non est opus, ut exceptiones pacti deducantur

tur à Reo in litis contestationem, cum ipsæ per se insint iudicio: in strictis autem hoc fieri necesse est l.3. *D. d. rescind. vend.* Itaque si Iudex sciat, Reo aliquam competere exceptionem, in bonæ fidei iudicio, habebit ejus rationem, quamvis non fuerit opposita neq; allegata in ipsa litis contestatione. Nam ut rationem ejus habeat, officio ipsius continetur, quod in hujusmodi iudiciis bonæ fidei latissimè patet. l.38. *plane. & l. fin. in fi. ff. de hered. pet.* Quod totum secus est in strictis iudiciis. d. l.3. *in verb. Ex stipulatu agentem exceptione submoveri oportet. ff. d. rescind. vendit.* Emphasis inquam est in his verbis: *Oportet, & Submoveri.* Nam submotio illa sive exclusio actionis, intelligenda est facta nimirum vel facienda ab ipso Reo: qui si illam omiserit in litis contestatione, & postea condemnetur à Iudice, sibi hoc debet imputare, qui exceptionem quam habebat, non apposuerit. Ratio differentię ex supra dictis jam satis intelligitur, quia scilicet in Strictis iudiciis Iudex alligatus est ad formulam; In bonæ fidei autem iudiciis latissima potestas datur Iudici, ex bono & æquo judicandi, proindeque etiam attendendi ad eam exceptionem, quæ inest ipsi iudicio, etsi non fuerit mentio ejus facta in ipsa litis contestatione.

Illud quoque notandum: Ex quovis quidem pacto nasci exceptionem cuicunque contractui, & quodocunque appositum fuerit, imò etiam si pactum quasi solitarius & absolutum fuerit: sed non quamvis exceptionem pacti inesse contractui vel iudicio, verum duntaxat eam, quæ ex pacto bonæ fidei contractui in continenti appposito competit.

Porro quod dixi in priori regula de pactis in continenti adjectis contractui, ita est intelligendum, & sub hac duplici limitatione. 1. *Modo pacta non sint contra Leges, vel bonos mores, vel humanitatem, vel religionem.* Nam si hujusmodi sit pactum, quantumvis & bonæ fidei contractui & incontinenti adiciatur, tamen nullas habebit vires, neq; formabit contractum vel actionem. l.7. §. *Et generaliter.* ubi dicitur pactum remotum à Jure Communi, quod ei repugnat. & l.27. *si unus §. 4. pact.* & l.28. *contra. ff. de pact. l. un. §. ult. C. de rei ux. act. l.14. alia causa. §.1. D. Sol. matr.* Et ratio in promptu est. Quia talia nos ne facere quidem posse credendum est, ut ait Papinianus in l.15. *si insam. D. de condit. instit.* Videatur & leg. 11. *Quod si locus. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi non valet pactum quod adjicitur venditioni loci monumenti. Ne in eum inferatur mortuus quem jus est inferre. Videatur & l.6. & 7. *ff. d. serv. export.* Hæc tamen pacta ipsa quidem vitiantur, & inutilia sunt: non autem vitiant contractus per se utiles & validos: quia utile per inutile non debet vitari l.1. *ff. de verb. obl. & utile. Extr. d. R.I. in 6.*

Alteram tamen limitatio est: *Dummodo pacta qua contractibus in continenti adiciuntur, non sint contra substantiam eorum.* Nam & talia pacta non formant veterem contractum & actionem ex eo, sed potius novum & alium constituunt contractum. Hoc ut intelligatur, ante omnia distinguendum est pactum quod est *extra naturam contractus*, ab eo quod est *contra naturam & substantiam contractus*. Deinde notandum est, non parum interesse, utrum quis paciscatur *de substantia contractus*, an vero *contra subst. contractus*. Nam pactum extra naturam contractus, est omnino inutile, ut docet Vlp. in l.7. §. *Quin imò. v. idem responsum ff. d. pact.* Similiter non est inutile pactum, quod sit de substantia contractus in emptione vendi-

ditio-

ditione, si pretium, in quo substantia emptionis consistit augeatur vel minuatur: item in locatione conductione, si merces. Sed pacta contra substantiam contractus adjecta non valent, neque formant, sed potius evertunt contractum. Patebit hoc in exemplis, quæ subjiciam, ut ecce; Depositi natura hæc est, ut eadem ipsa res, quæ deposita est, sive idem corpus quandoque restituatur, v.g. iste sacculus pecuniæ obsignatæ plenus &c. Iam si contractu talis adjiciatur conventio, ut non idem reddatur, sed tantundem, vel etiam cum usuris, hujusmodi pactiones etiam contra naturam & substantiam depositi, excedunt modum pecuniæ depositæ, sive excedunt notissimos terminos Depositi. *l. 24. Lucius. & l. 26. Publia. §. 1. ff. Deposit.* Erit igitur potius alius contractus: videlicet Mutui, cujus hæc est natura, ut non idem reddatur, sed tantundem. *l. 2. in princ. & l. 9. certi. §. fin. ff. d. reb. cred.* Aliud exemplum sumitur ex Mutui datione. Pactum in hoc contractu appositum, ut debitor plus reddat quam acceperit, puta viginti vel undecim pro Decem, est inutile: neq; hic nascitur obligatio ultra decem: quia mutuum re contrahitur, non potest igitur re nasci obligatio, nisi quatenus datum fuerit. *l. 17. in pr. ff. d. pactis, l. 11. Rogasti. §. 1. ff. de reb. cred.* Dices, superfluum illud sive summam excedentem id quod mutuo datum est, si non tanquam mutuum, saltem tanquam usuram & accessionem pecuniæ creditæ deberi ac peti posse ex pacto. Resp. ne hoc quidem fieri posse: quia in strictis contractibus (quale est mutuum) usuræ peti non possunt citra vinculum stipulationis. Non igitur ex pacto. *l. 3. quamvis. C. de usur. cum simil.* Aliud exemplum item ex contractu mutui, tale est: Mutui natura hæc est, ut idem genus quod acceptum est reddatur, v. g. tot nummi pro totidem nummis: item vinum pro vino, frumentum pro frumento, &c. Iam si convenerit inter contrahentes, ut non idem genus reddatur, sed aliud: puta vinum pro tritico, vel pecunia numerata pro frumento, &c. non erit mutuum, sed contractus alius, puta permutationis, vel do ut des. *l. 2. in princ. ff. de reb. cred. l. pen. C. de rer. permutat.* Sic si convenerit, ut eadem species reddatur, non erit mutuum, sed vel commodatum vel depositum: Commodatum quidem, si dicis causa, hoc est ad pompam & ostentationem quis acceperit; ut scilicet locuples videretur. *l. 3. §. fin. ff. Commod.* qualis in speciem tantum dives & vanus ostentator opum elegantissimo vocabulo à Græcis appellatur *φαντασιολούταξ*. Depositum erit, si custodiæ causa sit res data. Aliud exemplum est in Mandato, quod constat sui naturæ esse gratuitum. *l. 1. §. fin. ff. Mandati.* Si igitur mandato contrahentes adjiciant tale pactum, de mercede danda pro opera, non amplius erit mandatum, (quavis contrahentes forte sic appellaverint.) Sed alius contractus, sive nominatus, ut locatio conductione, sive innominatus do ut facias: proindeque non dabitur mandati actio, sed aut locati conducti, aut præscriptis verbis. Idem sentiendum est de aliis quoq; contractibus sui naturæ gratuitis, ut de commodato & deposito, & similibus. Aliud exemplum est in Emptione venditione. Certum est substantiam hujus contractus consistere in pretio, ut supra dixi ex §. pretium. *Instit. de empt. & vend. & l. 2. §. 1. cum l. 72. pacta ff. de contrahend. empt. & l. 3. Cod. eod.* Iam si contrahentes paciscantur ne detur pretium sive pecunia numerata pro merce

merce seu re vendita, sed alia res puta domus pro agro, vinea pro gemmis &c. non erit amplius emptio venditio, sed alius contractus, puta permutationis. l. 5. ff. d. *præscr. verb.* l. 1. ff. d. *rer. perm.* Similiter si donationis causa contrahatur emptio, nempe ut pro re empti nihil pretii detur, sed res gratis vel pro uno nummo transeat ad emptorem, hæc non erit emptio, sed donatio. l. 9. C. d. *contrah. empt.* Idemque valet etiam in locatione uno nummo facta. l. 46. si quis. ff. *Locat.* & l. 10. si quis. §. *fin. digest. d. acquir. poss.* Aliud exemplum talis pacti, in contractu empt. adiecti extat in l. pen. §. *fin. ff. d. contrah. empt.* nempe si inter contrahentes hoc agatur vel conveniat, ne dominium rei venditæ transeat ad emptorem, tunc enim non erit emptio venditio, sed locatio, (hujus enim ea est natura, ut non soleat mutare sive transferre dominium. l. 39. non solet. ff. *locati.* l. 65. *convenit. in ff. de contrah. empt.* & l. 2. C. d. *præscr. 30. vel 40. ann.*) vel erit aliud genus contractus. d. l. pen. §. *fin. d. contrah. empt.* Et si enim translatio domini, non sic est de substantia emptionis, ut est pretium: unde neque cogitur venditor rem facere emptoris, sive ipsi dare. l. 25. si ita distrabat. §. 1. ff. d. *contrah. empt.* l. 30. *servus. §. fin. ff. d. act. empt.* l. 1. ff. d. *rer. perm.* & valet etiam rei alienæ emptio & venditio. l. 28. *rem. ff. eod.* idque propter libertatem commerciorum receptum est, quamvis res emptori possit auferri & evinci per verum dominum. d. l. 28. & l. 1. t. ff. & *Cod. d. Evict.* tamen quia ad hunc finem tendit emptio, ut emptor per traditionem rei non modò possessionem adipiscatur, sed etiam dominium ejus quatenus omnino potest, vel certè usucapiendi conditionem, l. 74. *clavib. ff. d. contrah. empt.* & quia nemo hoc animo emit, quòd non velit fieri dominus rei: idcirco talis conventio, de non transferendo rei venditæ dominio, repudiata est, tanquam contraria ipsi fini & naturæ emptionis, & intentioni eimentis: proindeq; non poterit relinquere & informare contractum emptionis, sed potius eum evertere, & in ejus locum substituere, aliud quodpiam planè novum ac separatum negotium. d. l. penult. ff. d. *contrah. empt.* Aliud exemplum præbet Precarium, cujus hæc est natura, ut possit is qui concessit quandoq; voluerit revocare l. 1. & 2. §. & *natural. cum l. 15. Et habet ff. de precario, & dixi sup. sub. c. de precar.* Si igitur precario talis adjiciatur conventio, quantumvis initio sive in continenti, ut concedens non possit rem repetere ante certum tempus; hujus conventionis nulla vis est, ut rem alienam domino invito possidere ac retinere liceat, ideoque precarium tenens, non est adjuvandus exceptione pacti, contra repetentem, & possessionem ipsi ante tempus constitutum auferre volentem l. 12. *cum precario. in pr. ff. d. prec.* Nec obstat si quis urgeat, non posse hoc casu invitum dici dominum precario concedentem sub tali lege: quia volens & consentiens talem fecerit conventionem. Respondetur enim, hanc conventionem & voluntatem haberi pro nulla: quia sit contraria ipsi naturæ precarii, quam jus ei attribuit quamque privati suis pactionibus immutare non possunt. l. 38. *ius ff. d. pactu, & l. 27. Nec ex. h. t. nostro, cum sim.* An ergo, inquires, non poterit quis juri pro se introducto renuntiare, eoque non uti? Res. Omnino potest, per l. pen. C. d. *pact.* & Cicero in *orat. pro Balbo.* sed ita tamen ne pactionib. privatorum infringatur modus cujusque rei, sive actionis, lege seu Iure Civili, vel per prætorem, introductus sive constitutus. d. l. 27. d. R. I. Illud facile concesserim per talem conventionem de re ante certum

E c

tempus

tempus non revocanda, adjectam precario, transformari precarium in commodatum. Cujus natura est quod non possit revocari ante expletum usum certi temporis, ad quem fuerat concessum. *l. 17. in commodato. §. sicut. ff. Commod. non obstante eo, quod contrahentes fortè usi fuerint verbo precarii, non autem Commodati.* Nam non tam ad id respiciendum est, quo nomine contrahentes appellarint unumquodque negotium; quàm quibusnam limitibus lex aut Prætor negotia & contractus à se invicem separaverit: item, quem modum, quam formam, cuique attribuerit; sive quos terminos ei circumdederit. Nam & aliàs traditum est, rem magis quam verba spectari oportere. *l. 41. promittendo. §. 1. de Iure dotium. & l. 2. C. communia de leg. cum sim.* Et si enim magna est vis & libertas pactorum & conventionum in tractatibus: tamen tanta non est, ut possit naturam rerum invertere aut infringere modum à lege vel prætore præscriptum, aut notissimos terminos contractuum migrare. Nam si hoc admitteretur, tum verò maxima sequeretur confusio & perturbatio vitæ communis & civilis, nullaquæ mansura esset certitudo commerciorum & contractuum, quibus Reipubl. utilitas & hominum inter ipsos consociatio continetur. Firmiter itaq; tenendum est quod ait Pomponius *in d. l. 27. h. t.* Privatorum pactioibus non posse infirmari modum actionum vel lege vel per prætorem introductum, nec si (hæc enim est vera lectio: non, ut alii legunt, *nisi*) tunc inter eos convenierit, cum inchoatur actio: quorum verborum simplicissimus ac verissimus sensus hic est, unumquemque contractum habere suam formam sive substantiam (quam Ictus *modum actionum* vocant) à lege vel prætore, sive Iure Civili vel prætorio, introductam & constitutam, sibi que attributam: & hunc modum sive hanc formam & substantiam contractuum non posse infirmari, tolli, aut deleri pactioibus contrahentium, ne quidem si in ingressu contractus sive in continenti interpositæ fuerint. Hoc enim volunt ista Pomponii verba: *tum cum inchoatur actio* ubi non pro jure persequendi in iudicio quod sibi debetur vocabulum Actionis accipiendum est, ut aliàs plerunque solent. *l. 1. Inst. d. Act. l. 25. de obl. & A.* sed pro ipso actu, tractatu, sive contractu, ut etiam paulò ante in eadem lege, cum *modus actionum* dicitur. Observandum præterea est in eadem lege, quàm pulchrè & accuratè distinguat Ictus inter causas obligationis & modum actionum. Illas enim ait posse contractibus imitari tam ipso jure, quàm per exceptionem pacti conventi: hunc negat posse infirmari pactioibus privatorum: Causas autem obligationis vocat, quas diligenter explicat Paul. *in l. 44. ff. d. O. & A.* Hæc obiter de vera lectione & interpretatione *d. l. 27. d. R. I.* quæ multos frustra torfit, volui attingere: nunc ad exempla pactorum inutilium revertor. Aliud igitur exemplum est ex contractu Dotis sumptum. Dos ipsa restitui debet, quæ data est. Iam si convenerit, ut non res, sed pretium sive æstimatio ejus restituatur, soluto quandoq; matrimonio, migrabit ea res in alium contractum, videlicet emptio- nis venditionis. *l. 10. C. de Iure dot. æstimatio enim instar exceptionis est. l. 10. ple- rung, & l. 16. quoties. ff. de Iure dot. l. 1. §. & d. l. 10. C. eod. tit. l. 51. æstimatio. ff. solut. matrim. & un. §. cumq; 9. C. d. rei ux. act. & dixi sup. sub c. d. dote.* Sequitur aliud exemplum etiam ex contractu Dotis. Dos soluto matrimonio reddenda est, annua bima trina die: & hoc tempus Paulus ait ei datum esse legibus. *l. 27. si unus. §. 2. vers. quod & ff. de pactis.*

pactis. & Proculus ait, tempus legibus statutum esse l. 17. *Atticilius. ff. de pact. dot.* si igitur conveniat, ut dos tardius solvatur, puta post triennium vel quadriennium &c. tale pactum non valet: quia per id deterior fieret causa dotis: hoc autem fieri non debet. d. l. 27. §. 2. *in fi. ff. d. pact.* & d. l. 17. *ff. d. pact. dot.* Esset enim contrarium favori dotis, qui in omni jure est maximus. Vnde Pomponius in l. 1. *ff. solut. matr.* inquit dotium causam semper & ubique precipuam esse: & publice interesse dotis mulieribus conservari: quod & Paulus confirmat in l. 2. *ff. d. jur. dot.* melior sane fieri potest conditio dotis per pactum, puta si mulier paciscatur dotem sibi reddi presenti die, id est, statim post solutum matrimonium, non expectato legitimo tempore, nempe annua bima trina die: hoc certe pactum valet, & potest mulier statim ex eo agere. d. l. 27. §. 2. *d. pactis.* Quod si debitor se tueri voluerit exceptione legitima, dicendo nondum venisse tempus ad agendum praestitutum, repellatur replicatione doli sive pacti: quia scilicet per pactum renunciavit beneficio legis, & jam ei contravenire volens, dolo facit, & contra proprium pactum. Quæret aliquis quid ergo Iuris erit, si mulier, cum prius fuisset pacta, dotem sibi reddi presenti die, sive statim, postea ab hoc prioro pacto recedat per posterius, quo convenit dotem reddi legitimo tempore, id est, annua bima trina die: valebitne tale pactum, an erit inutile? Videbatur dicendum non valere; quia dotis causam faciat deteriorem, & mulieris conditionem duriores. Quid ita? quia cum possit antea statim repetere dotem, vigore pacti prioris (quod quidem ei multo commodius erat, quia, ut vulgo quoque dicitur, bis dat qui cito dat) jam ex posteriore pacto, si quidem id valere dixerimus, cogetur expectare lapsum illius temporis, & tardius suum consequetur: quia qui tardius solvit, minusolvere intelligitur, ut ait imperator in §. *si quis. v. tempore Inst. d. act.* Contrarium tamen responderunt Scævola & Paulus: nempe posterius pactum, sicut alibi solet, ita hic quoque potius & esse & prevalere priori, per l. 12. *pact. C. d. pact.* proindeque mulierem, si petat ante diem, posse exceptione pacti submoveri, quæ est exceptio dilatoria. Nec obstat ratio dubitandi modo indicata: Negandum enim, hoc casu per posterius pactum fieri deteriorem causam dotis, aut mulieris conditionem deteriorem vel duriores: quia potius incipit dos redire ad jus suum, quod lex naturæ ejus tribuit, & suæ formæ redditur. d. l. 27. *si unus §. 2. vers. quod & ff. d. pact.* Qui locus ad hunc modum est explicandus: & observandum obiter, eo confirmari vulgare axioma, quo dicimus unamquamque rem facile redire ad pristinam suam sive primævam naturam: quod & aliis locis multis demonstrari potest. Aliud exemplum est in contractu Societatis in quo si convenierit, ut unus ex sociis solus conferat vel pecuniam vel operam, alter verò nihil prorsus neque pecuniæ neque operæ quæ pro pecunia valeat, non erit societas, sed donatio. Cur ita? Quia pactum hujusmodi est contra naturam Societatis quæ postulat, ut uterque aliud conferat, si non pecuniæ, saltem operæ, &c. *vid. l. 5. §. fin. ff. pro soc. & l. 32. cum hic status: §. 24. si inter. ff. de donat. inter vir & uxorem. & l. 16. in cause. §. 1. ff. de minor.* Quibus omnibus locis dicitur societatem donationis causa contractam nullam esse. Quod ei commune est cum emptione venditione, itemque locatione conductione. l. 38. *si quis. ff. d. contrah. empt. & l. 46. si quis. ff. Loc.* Rursum aliud exemplum sumitur ex eodem

contractu Societatis, pactum quo convenit, ut ad unum ex sociis pertineat omne lucrum, alter damnum sustineat solus ab omni lucro exclusus, est inutile: quia contra naturam Societatis. *l. 39. si non. §. 1. ff. pro soc.* ubi hoc iniquissimum genus societatis appellatur & proverbio Cassiano ex fabula Æsopi sumpto *Leonina societas*. Item aliud exemplum ex eodem contractu. Pactum ut societas nunquam dirimatur, item ne unquam fiat divisio rei communis, sed ut in æternum duret societas, & communio, nullas habet vires. *l. 70. nulla ff. pro soc. & l. 14. In hoc. §. si conveniat. ff. communi divid.* Quia repugnat natura Societatis: quæ est, ut in ea nemo invitus detineri compellatur, sed possit ei renunciare, cum non amplius libet in societate manere, sive, ut loquuntur, stare in communione. *l. fin. C. communi divid. & l. act. 65. §. dicimus. cum §§. seqq. ff. pro soc. & §. m. met. Inst. de soc.* Similiter non valet pactum societati adjectum, ut societas ultra mortem porrigatur, atque etiam ipse heres sit socius. *leg. 35. nemo potest. & l. 52. cum duobus. §. 2. idem respondit. ff. pro soc.* Quia hæc est Societatis natura, ut morte unius ex sociis dissolvatur. *l. 59. Adeo in pr. & d. l. 65. §. morte. ff. pro soc. & §. solvitur. Inst. de soc.* idque ideo quia in hoc contractu electa est industria certa personæ, quæ cum persona extinguitur, nec transit in heredem. *d. §. solvitur.* præsertim cum heredis persona quæ aut qualis futura sit nondum scire possit, vivente socio; cum viventis nulla sit hereditas, nullus heres. Quæ cum ita sint, equidem satis mirari non potui, quid in mentem venerit Clarissimo Hotomanno, cum in *Illustr. quæst. 37. prope finem* scriberet, valere pactiorem, ut heres socii succedat in locum mortui; cum disertè dicatur contrarium in *dict. l. 52. §. idem ff. pro soc.* quam tamen ipse pro se adducit.

Aliud est exemplum in contractu pignoris vel hypothecæ; si pactum sit interpositum, de pignore non vendendo: quod quidem est duplex. Nam aut quarritur de hoc pacto, *Ne debitori liceat vendere pignus*: aut de altero, *ne creditori*. videamus breviter de utroque. Si creditor paciscatur, ne debitori liceat vendere pignus vel hypothecam, huiusmodi pactum non valet, secundum quosdam; eoque non obstante, nihilominus poterit debitor rem suam vendere. *l. 7. si venditor. §. ult. ff. de distrab. pign.* legendo ibi, *nullam esse conventionem vel pactiorem*. Eaque fuit Baldi sententia. Sed verior lectio est, *nullam esse venditionem*; quomodo in Pisanis Pandectis repertum est, missa illuc legatione ad dirimendam controversiam: proindeque etiam verior sententia est Bartoli; affirmantis, talem pactiorem valere, eique standum esse, & consequenter venditionem pignoris vel hypothecæ contra pactum à debitore factam esse nullam. Videatur & Baldus in *Tr. de pign. & hypoth. c. 18. Ant. Augustinus lib. 4. Emend. c. ult.* ubi quatuor loca Bartoli, item Angeli, & Iasonis de hac ipsa controversia mentionem facientia allegat. Atque ex his lucem capit, quod simpliciter scribit Hotomannus *d. Ill. Q. 37. paulo post medium in §. Natura hypothecæ*; pactum, ne liceat debitori vendere hypothecam, nullius esse momenti. Videtur autem Hotomannus hac in re à Bartolo, Angelo, & cæteris dissensisse: quamquam controversiam ipsam non attingit: & malè quoque allegat *rit. De pign. cum titl. 7. ff. de distr. pign.* Melius hanc questionem tractat idem Hotomannus in *commentar. ad titul. ff. de distr. pign.* Disputans tamen contra illa verba, *Nullam esse venditionem*, probabiliter concludit denique, videri potius

titus legendum, Nullam esse rationem, ut pactioni stet. Et hæc de Pacto, Ne liceat debitori vendere pignus vel hypothecam, an tale pactum valeat. Quid autem sentiendum sit de altero pacto, Ne creditori liceat distrahere pignus sumendum est ex l. 4. ff. de distr. pign. Summa est, Tale pactum adjectum non obstare, quò minus possit creditor vendere, debitore non solvente: veruntamen debere trinam denunciationem præcedere, quam faciat creditor debitori cessanti. Videatur Cuiacius ad sent. Pauli. 2. tit. 5. §. 1. & 13. §. 5. si inter. & Hotomannus comm. ad tit. ff. de distr. pign.

Atque hæc ferè occurrebant jam exempla pactorum, quæ, quia contraria sunt substantiæ contractuum quibus adjiciuntur; vel inutilia sunt omninò: vel si quam vim habent valent ad aliud & novum negotium constituendum: sive, proficiunt ad novum contractum: ut verbis utar Pauli in l. 27. §. 2. vers. idem dicemus. ff. de pact. Quibus exemplis obiter addo etiam pauca alia.

I. Constat, naturam ultimæ voluntatis hanc esse, ut sit ambulatoria usque ad vitæ supremum exitum, & ut suprema sive novissima potior habeatur & servanda sit. l. 4. ff. de adm. & transf. leg. l. 32. cum his status. §. 3. ff. de donat. int. vir. & ux. or. l. 22 si quis. ff. de leg. 3. Iam si quis promiserit se nolle ab ea voluntate discedere, quam in præsens declarat, nolle testamentum vel codicillos mutare, quos jam fecit; tale pactum non est obligatorium: quia scilicet contra substantiam ultimæ voluntatis est: cuius liber debet esse stylus & licitum arbitrium, quod iterum non redit, ut ait Constantinus Imp. in l. 1. C. de ss. Eccles. Non esset autem libertas illa styli & arbitrii salva, si quis quod semel voluisset, in eo immutabili tenore persistere cogere; si non liceret poenitere. Poterit igitur quisque, non obstante huiusmodi pacto, mutare testamentum suum, vel alias ultimæ voluntatis species, ut donationem causa mortis, &c. cum nemo eam sibi possit legem dicere, ut à priore ei recedere non liceat. d. l. 22 si quis. in pr. ff. de leg. 3. Quò possis etiam referre ex parte l. 55. nemo potest. ff. de leg. 1. ubi Pomponius, Nemo, inquit, potest in testamento suo cavere, ut leges in suo testamento solutæ habeant. Adeo autem potest quis mutare testamentum vel aliam voluntatem suam; ut quò minus id faciat, ne quidem iurejurando suo impediatur: etiam si quis, inquam, juraverit, nolle se ultimam voluntatem suam revocare vel mutare, tamen non obstante hac jurata promissione potest vel aliud facere testamentum, vel ab intestato decedere: & contra, si quis iurasset, nolle facere unquam testamentum, sed intestato mori velle, tamen potest postea mutata voluntate testari sine ullo metu perjurii. Bartolus, Albericus de Rosate, & alii, ad d. l. 22. si quis. in pr. ff. de leg. 3. Imola in c. cum contingat. num. 35. De iurejur. Angelus in Tr. de testam. §. Et iuravit. & Guil. Benedictus in repet. c. Raynutus. in verb. Testamentum secundum. extr. de testam. quos refert & sequitur Ioan. Richardus consil. Latin. §. 6. n. & cons. Germ. 71. n. 1.

II. Constat, Tributa & vectigalia comitari possessores prædiorum, tanquam onera realia. Hoc enim utilius atque expeditius est fisco. l. 7. Impp. digest. de publ. & vectig. l. 5. §. ult. ff. de cens. Quicquid igitur inter se fortè pacti fuerint contrahentes, puta venditor cum emptore, is qui permutat prædium cum altero, is

Ec 3

qui

qui in dotem id dat, vel æstimatò vel sine æstimatione: hoc totum non mutat jura vectigalium, neque præjudicat fisco: qui nihilominus exigit tributum, vel vectigal, vel similes indictiones à possessore. Idque non tantum idè quia res inter alios acta aliis non præjudicat, *tit. C. & l. sapè. de re judic.* verum etiam, quia pactis privatorum formam juris fiscalis convelli non placuit: ut ait Papinianus in *l. 42. inter debitorem in fin. ff. de pact. & fac. l. 38. eod. tit.* Videatur & *l. 1. & l. 2. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse.* Nec obstat *d. l. 42. ff. de pact. l. 52. Epistola. §. 2. pactum. eod. tit.* Quia posterior lex continet pactum, ut creditor possit à debitore repetere, quod tributorum nomine prædio pignorado solvisset. Quo pacto nihil præjudicatur fisco, imò huic lus suum servatur integrum, nempe ut creditor, idemque possessor pignorati prædii solvat inde tributa, sed à debitore repetat. Sed prioris legis pactum, ne videlicet creditor & possessor agnoscat onus tributi, manifestè tendit ad præjudicium fisci. Nihil itaque miri est, pactum in *l. 52.* pronunciarì justum & servandum: in *l. verò 42.* non esse servandam quantum ad fisci rationes, utpote contra formam juris fiscalis.

III. Aliud exemplum sumitur ex materia donationum. Si quis mortis causa donans promittat, se donationem nunquam revocaturum, tale pactum donationi adjectum facit eam transire in aliam speciem, donationis scilicet inter vivos. *l. ubi ita donatur. 27. ubi Bartolus, Iason. & alij Dd. ff. de donat. caus. mort. & latè per aliquot conclusiones Didac. Covarruvias de Testam. in 2. pag. rub. num. 32. cum multis sequentib.*

IV. Videamus etiam exempla quædam pactorum inutilium ex materia matrimoniorum. Si quis uxorem ducat sub hac conditione, *Accipio te in uxorem, si nullos mihi procreaveris liberos*: ista conditio apposita matrimonio, vitiat matrimonium. *cap. ult. extr. de cond. appof.* Repugnat enim naturæ & substantiæ vel fini matrimonii, quod liberorum suscipiendorum seu procreandorum causa contrahitur: ut pulchrè ibi Cuiacius ex Tacito, & S. Augustino: & latius probat B. Brissolinus lib. 6. de form. P. R. p. 542. ed. Francof. Sic si quis ita dixerit: *Esto mihi uxor, donec invenero digniorem honoribus & facultatibus meis*, vitiat matrimonium. *d. c. ult. & c. solet. 31. q. 2.* Quia matrimonium non contrahitur ante tempus, sed voto perpetuæ & individuæ consuetudinis vitæ: ut est in definitione nuptiarum, & *l. 1. ff. de jur. dot.* Sic si quis ita contrahat matrimonium, *Esto mea, si quæstum feceris, & me alueris tuo corpore. d. c. fin.* & ibi Cuiacius, eruditè demonstrans differentias inter conditiones quæ sunt contra bonos mores sive quæ turpes; & inter eas quæ contra substantiam matrimonii: ut illæ non vitient matrimonium, sed habeantur pro non adjectis, & rejiciantur: hæ vitient ipsum matrimonium. Deinde differentiam inter matrimonium & alios contractus: ut scil. hi vitentur adjectione turpis vel impossibilis conditionis: illud non item: sicut nec ultimæ voluntates: idque ob favorem & matrimonii & ultimarum voluntatum.

V. Sic ex materia Feudorum sumptum exemplum pacti inutilis est, si inter seniore & vassallum convenerit, *Ne fidelitas præstetur feudi nomine.* Hæc enim conventio cum sit contra ipsam feudi substantiam, quod à fidelitate quoq; nomen
acce-

accepisse volunt, merito repudiata est: ut *in Partit. l. f. dixi*, & ab omnibus communiter Feudistis traditur. Sed illa pactio valet, ne vasallus servitia præstet nomine feudi: item, ne homagium. Aliud est enim, remittere servitia, aliud fidelitatem.

VI. Denique exemplum pacti inutilis, quia est contra substantiam actus cui apponitur, præbet Monachismus. Nam si quis hoc pacto velit ingredi monasterium & religionem profiteri, ut tamen retineat sibi ac reservet sua bona, hoc pactum nihil valet, sed ingressus manet validus, quasi purè factus: Quæ de re latè Iason ad *Aurb. ingressum. 30. & 37. cum plurib. seqq. C. de SS. Eccles.* ubi diversas hæc de re Dd. opiniones refert & examinat, sed hæc gl. firmat ac retinet: quamvis gl. Iuris Canonici *in c. 2. & c. cum ad monasterium. de stat. Monach. & in c. fin. de cond. appof.* voluerit, ingressum ipsum per tale pactum vitari.

Satis jam de pactis contractuum inutilibus. Alia igitur pacta contractibus apposita manent sub regula, ut scil. valeant & forment contractus, atq; actiones ex illis descendentes: sive convenerit, ut *PLUS* præstetur, sive ut *MINUS*: ut est in lege nostra. Quæ verba nunc breviter explicabimus exemplis quibusdam, quod melius intelligitur, quando & quomodo fiat, ut plus vel minus in singulis contractibus præstetur.

Pacta quibus *PLUS* convenit, ea dicimus, quibus augetur præstatio vulgaris, quam alias sæcæ ferebat natura contractus: & proinde quibus durior efficitur conditio debitoris, quam alias futura fuisset, si nullum tale pactum intervenisset. V. G. In deposito non tenetur depositario nisi de dolo & lata culpa: ut supra *de deposito* probavimus. Sed si pacto se obstrinxerit etiam ad culpam præstandam, rata erit conventio, iam arctius & ad plus obligabitur depositarius, quam si non fuisset pactus. *l. 1. §. 6. si convenit. ff. de pos. ex c. 1. §. illis verbis: Contractus legem ex conventionem accipiat*, sumpta est regula Iuris Pontificii. *c. contractus. 85. de R. l. in 6.* Similiter si nominatim convenerit, ut res deposita, vel nummi, periculo essent eius apud quem deponuntur: etiam de casibus fortuitis tenebitur depositarius. *l. 5. §. 2. vers. ut si hoc ab initio convenerit. ff. commod. l. 7. §. 15. sed et si quis vers. Item si quis pactus. ff. de pactu. l. 15. Et Ariston. ff. Mandati. l. 1. C. Depositi & d. l. 1. §. 35. super. ff. Depositi.* ubi simul notanda est differentia inter eum qui pacto in se recepit casuum fortuitorum præstationem, & inter eum, qui tantum obtulit se deposito. Ille de casibus fortuitis tenetur, hic vero non tenetur, quamvis alioqui periculo custodiæ se illigarit. Quod autem dixi de casibus fortuitis, id generale in omnibus contractibus bonæ fidei: ut quamvis regulariter non sint præstandi. *l. 6. que fortuitis. C. de pign. act.* tamen aliud sit, si quis pacto in se susceperit periculum amissionis & fortunam futuri damni & vis majoris. *d. l. 6. ubi hoc de pignore dicitur. l. 1. C. de commod.* ubi idem dicitur de commodato. *l. 6. Pomponius. ff. de pact. dot.* ubi valet pactum, ut dos sit periculo uxoris, qui erat aliàs futura periculo viri, quia sc. æstimata. Sic de locatione idem dicitur *in l. 9. si quis domum. §. 2. Julianus.* (alias incipit ibi nova *l. si quis fundum*) *ff. locati.* Standum esse pacto, si quis locaverit fundum, ut hoc etiam præstaretur à conductore locatori, quod vi majori accidisset. Videatur etiam *l. 13. item querimus. §. 5. si gemma. ff. eod. tit.* ubi potest quis in se recipere periculum fracturæ in gem-

gemma, quæ includenda vel insculpenda datur artifice. Idem de mandato dicitur in d. l. 39. Et Aristoni. ff. Mandati. ubi potest ea conditione mandatum suscipi, ut periculo sit ejus, qui mandatum suscepit. Sic de Emptione venditione dicitur in l. 1. pr. ff. de per. & com. rei vend. posse venditorem se periculo subicere conventionem seu pactione sua. Sic de negotiorum gestione dicitur in l. 22. negotium. Cod. de neg. gest. posse intervenire speciale pactum de præstando casu fortuito.

Videamus & alia exempla pactorum, quibus convenit de plus præstando. Huius generis est pactum, quod facit is qui ex natura contractus ad minus tenetur, ut durius obligetur: v.g. qui de dolo tantum & lata culpa (qualis est depositarius, qualis ille qui precario rogavit) ut de levi etiam & levissima culpa teneatur. Item qui tenetur de levi, ut etiam de levissima teneatur, & de custodia. l. 5. naturalis. §. pen. ff. de præscr. verb. ubi de mandato dicitur fieri posse, ut naturam suam excedat: puta ut mandatarius custodiam quoque præstet. Tale est etiam pactum ut præstentur usuræ: qua obligatione usurarum augeri principalem obligationem manifestum est: quod pactum non solum in bonæ fidei, sed etiam stricti juris contractibus apponi potest: ut constat ex l. 3. C. de usur. & ex l. 5. initio. C. de pact. inter. empt. & vend. compos. l. 26. Publica §. 1. ff. de pos. Sed hoc interest, quod ex pacto bonæ fidei contractui initio adjecto de præstandis usuris nascitur actio, qua peti possunt usuræ. d. l. 5. C. de pact. inter empt. Ex pacto in strictis contractibus appposito, ut in mutuo, sive pecunia senebri, non nascitur actio ad petendum usuras: quamvis solutæ non possint repeti per conditionem indebiti, neque in sortem imputari. d. l. 3. C. de usur. Naturaliter enim debentur. l. 5. §. 2. imp. ff. de solut. Diversum est in mutuo fructuum, ut frumenti, vini, olei, &c. Nam hic licet strictus sit contractus, tamen ex pacto debentur usuræ. l. 12. frumenti. & l. 23. olco. C. de usur. Ratio diversitatis; cur, inquam, hic aliud sit receptum quam in mutuo nummorum; est incertitudo fructuum: quia facile horum æstimatio augeri minuique potest, pro diversitate locorum & temporum. arg. l. 3. ff. de eo quod certo loco. & §. si quis agens. vers. quæ utilitas. Institut. de Actionibus. Sed pecuniæ certior est æstimatio, & ferè ubique una & eadem potestas. d. l. 3. l. 1. in pr. ff. de cont. empt. facit etiam l. præria rerum. 63. ff. ad l. Falcid. Sic plus convenit inter contrahentes, si venditor pacto se obligaverit ad cautionem de evictione præstandam datis fideiussoribus. l. 13. si duo patroni. §. 3. ff. de iurejur. l. 1. §. 1. ff. de præst. stip. l. 11. ex empto. §. idem Neratius. & §. Cassius. ff. de act. empt. l. 4. in pr. l. 37. emptori. & l. 56. si dictum fuerit. in pr. ff. de evict. cum aliàs tantum nudam hoc nomine præstet cautionem, sive repromittat duntaxat,

Aliud exemplum, ubi plus convenit, est, si inter contrahentes, puta emptorem & venditorem, placuerit, ut contractus non prius habeatur pro perfecto, quam in scriptum fuerit redactus. Hoc enim pactum valet, nec aliter perfectus erit contractus, quam absolutum sit instrumentum de eodem. l. 16. contractus. Cod. de fid. instr. in l. tit. Institut. de empt. & vend. cum aliàs etiam sine scriptura valeret quod actum est, dummodò aliter de eo constet vel probetur. l. 4. ff. de fid. instrum. l. 4. ff. de pign. tit. Institut. de oblig. quæ ex consens. ibi, quia neq. scripturæ opus est. l. 17. pactum.

pañum. C. de pact. l. 12. non ideo. C. fam. creasc. l. 9. si vicinus. C. de nupt. l. 31. donationes. in pr. ff. de donat.

Aliud exemplum præbet lex Commodato adjecta. Nam si quis temporalis ministerii causa utendum det servum vel ancillam vel jumentum, hoc est, præfinito certo tempore: quo elapso cogatur restituere commodatarius, hoc pactum valet, & potest commodus rem repetere eo tempore elapso, siue satis usus fuerit commodatarius, siue nondum expleverit usum. *l. 2. Cod. de commod. cum aliquin non possit repeti commodatum intempestive & ante finitum ejus usum. leg. 17. in commodato. §. sicut ff. commodat.*

Aliud exemplum est in donatione, si donator promiserit stipulanti donatario evictionem. Tunc enim re evicta tenetur; cum alias non teneretur. *l. 2. Cod. de evict. Paul. §. sent. tit. 11. §. 5. invitur. ubi pro si promiserit, leg. nisi promiserit. & intelligenda promissio stipulanti facta.* Sed hoc exemplum non lat bene quadrat. Hic enim non est nudum pactum, (quod disertè scribit Imperator non sufficere ad actionem evictionis nomine donatario dandam.) Sed stipulatio intervenit.

Nunc videamus de Pactis, quibus convent, ut minus præstetur. Ea sunt, quæ aliquid detrahunt, ut loquitur Papinianus in *l. 72. pacta conventa. ff. de contr. empt.* siue quibus minuitur præstatio vitata cuiusque contractus; & efficitur, ut levior & facilior sit obligatio debitoris, quæ sine tali pacto fuisset gravior & durior. Patet hoc in exemplis: quorum I. esto, si convenerit, ne cautio duplæ præstetur ob evictionem, ac ut ne quidem repromittatur: quod est superiori pacto, ut sc. ob evictionem detur fidejussor siue secundus auctor, è diametro contrarium. *l. 72. pacta. ff. de contr. empt.*

II. Exemplum præbet idem contractus emptionis venditionis in quo cum alias receptum sit, ut vitia rei venditæ præstentur, vel ob ea redhibitio fiat. *tot. tit. ff. de Edil. edito, & redhib.* potest inter contrahentes convenire, ne fiat redhibitio, & ne quicquam hoc nomine præstetur à venditore. *l. 31. pacisci ff. de pact.* ubi Ulpianus ait, Omnino licere pacisci contra edictum edilium. Idemque confirmat etiam *l. 14. queritur. §. pen. si venditor. ff. de edil. ed.* Dices, Imò non licet, quia videtur pactum fieri contra ius publicum, cui pacta privatorum derogare non possunt. *l. 38. eod. tit.* Resp. Pactum hic non interponitur de jure publico, siue de iis quæ ad publicam læsionem respiciunt, sed tantum de re familiari: quæ est distinctio Labeonis, probata ab Ulpiano in *l. 7. §. 13. si paciscar. ff. de pact.* Pacta autem de re cujusq; familiari & privata, quibus quis sui juris persecutionem deteriore constituit, vel jus suum remittit, valere & renunciantibus actiones suas non esse dandum regressum; non est dubium. *l. 46. pactum in si. ff. de pact. l. pen. C. eod. l. 41. si judex. ff. de min. d. l. 14. queritur. §. pen. ff. de edil. ed.* Notandum ex eadem *l. 31. de pact.* Quod Ulp. non distinguit inter pactum tale, sitnè initio siue in ipso negotio venditionis gerendo interpositum; an postea. Sed tamen hoc interest; quod pactum ab initio interpositum valet ad actionem, postea vero siue ex intervallo, tantum ad exceptionem proficit.

III. Exemplum præbet contractus Dotis. Valet enim pactum, ut maritus de periculo dotis æstimatæ non teneatur, sed dos sit periculo mulieris, quæ alias sine pacto esset periculo mariti. *l. 6. Pomponius ff. de pact. dot.*

Ff

IV.

IV. Exemplum sumitur ex contractu commodati. Valet pactum, ut commodatarius tantum de dolo teneatur. *l. 5. §. 10. interdum. ff. commod.* cum aliis etiam levissimam culpam prestare deberet, ut est in *ead. l. 5. §. 2. in fin.* & exposui supra sub capite De Commodato. Et similiter in quolibet contractu potest convenire, ut minus prestetur: v. g. ut ubi regulariter levissima quoque culpa prestetur, tantum levis, etiam dolus duntaxat prestetur. Ubique enim valet regula: Contractus ex conventionem legem accipere: & conventioni standum esse: & pacta quae placuerunt esse custodienda: & fidem non esse frangendam. *l. 1. §. si convenit. ff. de pos. l. contractus. de R. l. in 6. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pec. l. 20. non minorem. Cod. de trans. Simplicius in comm. ad Enchir. Epit.* Hic tamen notanda est exceptio, quam & Accursius tradidit, nempe, In dotis datione non valere pactum, ut maritus eam accipiens de dolo solummodò teneatur. *d. l. 6. in pr. ff. de pact. dot.* Ratio exceptionis est, quia tali pacto deterior fieret conditio dotis. Talia autem pacta rejiciuntur *l. 2. l. 4. l. 14. de die. cum 4. ll. seqq. ff. de pact. dot. l. 27. si unus. §. 2. in fi. ff. de pact.* Repugnant enim favori dotis, & consequenter etiam utilitati publicae. *arg. l. 2. ff. de jur. dot. & l. 1. ff. sol. matr.*

V. Exemplum est ex Mutuo & aliis contractibus sumptum. In mutuo, item in emptione valet conventio, ut liceat particulatim quoque exsolvere quod acceptum est, vel debetur. *l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Alioquin ita jus est, ut pecunia reddi debeat semel & una pensione, sicut etiam una vice data est, non autem per partes: Quia particularis solutio non minima habet incommoda. *l. 41. tutor. §. 1. ff. de usur. l. 3. plane. ff. fam. ercisc.* qua de re tractatur ad *l. 12. quidam existimaverunt. ff. de reb. cred. fac. etiam l. 31. Iulianus. §. offerris. ff. de act. empt.*

VI. In fidejubendo si convenerit, ut fidejussores non singuli in solidum teneantur, sed quisque pro parte tantum conveniatur, sive ut actio inter eos dividatur; valet pactum: nec nisi in viriles partes singuli poterunt conveniri: cum nec plus debeant ab initio. *arg. l. 51. inter in pr. ff. de fidejuss.* Dices, atqui etiam si nihil convenerit, tamen unus ex pluribus fidejussoribus conventus, potest petere, ut actio inter confidejussores dividatur, ex epistola D. Hadriani, de qua notum est ex *Inst. §. si plures. tit. de fidejuss.* Resp. Multum interest Nam ex epistola D. Hadriani tutus est fidejussor unus ex pluribus tantum ope exceptionis: & tunc demum, si & ceteri sint solvendo. Sed si quis inter fidejubendum pactus sit, is ipso jure tutus est, & quidem etiam si ceteri confidejussores non sint solvendo. Omnino, inquam, & indistinctè in ipsum tantum pro parte virili dabitur actio.

VII. Exemplum est in *l. 27. si servus servum. §. 29. si calicem ff. ad L. Aquil.* Vbi valet pactum locationis adjectum, quo convenit inter artificem & eum, qui materiam ipse laborandam dat, Ne artifex suo periculo faciat. Quae res tollit actionem ex locato & Aquiliae.

Ex his ergò satis jam intelligitur, quae vis sit pactorum contractibus. incontinenti adjectorum, sive per ea quid adjectum fuerit, sive quid detractum: sive, inquam, convenerit ut plus prestetur, sive ut minus. Nempe hanc vim esse, ut forment contractum: ut legem illi dent; ut insint contractui: ut pars sint contractus: denique, ut actionem producant ad id quoque prestandum, quod pacto comprehensum est, non minus quam si ipso contractu contineretur.

Hac

Hac occasione jam exoritur quæstio de genere actionis, Quanam ergo detur actio ex pacto contractui initio adjecto, sive ut vulgò loquuntur, per coherentiam contractus vestito? anne actio eadem, quæ competit ex ipso contractu per se, quando nullum adjectum pactum, an verò alia detur actio, puta præscriptis verbis. Antiqua hæc est controversia inter Dd. agitata. quorum alii, ut Accursius & plerique eius sequaces contenderunt; Ex pacto tali adjecto contractui incontinenti non nasci actionem illam quam produceret alioquin ipsa obligatio contractus: sed actionem præscriptis verbis competere ad implendum id, quod pacto convenit. Alii contra negant hic dari præscriptis verbis actionem, sed potius illam ipsam, quæ ex contractu alioquin nasceretur. In qua sententia est etiam Alciatus lib. 3. parad. c. 1. Quæ quidem sententia XII. non contemnendis rationibus propugnari potest: quas proferet & examinat Berengarius Fernandus Tolosanus in comm. ad l. pacta conventa de contr. empt. Alii denique, ut Duarenus, mediæ cujusdam opinionis fuerunt. Nam utramque dant actionem, & ex contractu orientem, & præscriptis verbis: quarum hanc per illam negant excludi. Nimis longum foret, si hoc loco vellem utriusque partis, vel etiam tertriæ fundamenta reperere. Hæc igitur videri poterunt apud diligentissimum illū & subtilissimum commentatorem Berengarium, qui in Oscensi Academia Hisp. ante annos 70. floruit. Eius enim librum a me correctum & illustratum brevi in publico exponere Bibliopole: illud non dissimulo; me hanc rem, quæ in foro exiguū, ne dici nullum habet usum, indecisam relinquere in medio: ut quæ quisque voluerit sententiam disputando tueri possit: quamque, clar. collega meus D. Scip. Gentil. in præl. ad l. 7. §. quinimo ff. de pact. sententiam Alciati prætulit ceteris.

Absoluta priore regula de pactis contractui in continenti adjectis, & viso eorum effectu, restat ut etiam de pactis ex intervallo factis pauca exponamus: de quibus erat nostra regula: nempe, *Pacta ex intervallo facta non parere actionem, sed tantum exceptionem.* Cujus rationem jam supra indicavi, Quia talia pacta non sunt pars contractus, sed plane ab eo separata, ac nuda, ac per se consentientia. Ergo si hic quoque ditemus ex his actionem, committeremus contra regulam Iuris, *Ex pacto nudo non datur actio.* Et si enim talia quoque pacta, quæ ex intervallo fiunt, habent in se consensum: tamen non quivis consensus efficit ad producendam actionem. Valent tamen eiusmodi pacta ad exceptionem: quia facilius damus exceptionem quam actionem: cum exceptiones sint arma reorum, ad se contra actionis impetitionem defendendum comparata: Actiones autem sint arma sive tela actorum ad impetendum pulsandumque Reum: ut sæpè *pulsare pro judicio convenire* in legibus, præsertim Imp. positum invenitur. Iam vero favorabiles Rei potius quam Actores habentur. sicut etiam defensionis maior est in jure favor, quam offensionis. In summa, cui datur actio, eidem etiam exceptio: sed non contra, quisquis exceptionem habet, eidem & actio competit. Excipitur vix una & altera exceptio, quæ in modum querelæ sive actionis proponi potest: ut exceptio non num. pecuniæ, non num. dotis, & si quæ similes sunt: de quibus alibi plenius dicendi locus est magis oportunus ac proprius.

In præsentiarum potius videamus paulò distinctius de pactis ex intervallo factis. Quædam enim illorum sunt *de substantia*, quædam *de adminiculis* contra-

ctus præcedentis. Quid sit *substantia contractus*, quid *adminicula*, repetendum est ex supra traditis inter *evidentialia* seu *preliminaria* hujus cap. de pactis. Ut prius dicam de pactis ex intervallo adjectis contractui de ejusdem SUBSTANTIA; eorum duplex est vis in contractu qui consensu constat. Nam aut ipsum contractum tollunt, & quidem ipso jure, rebus integris vel redintegratis: aut sublato priore contractu, ejusvè parte aliqua, constituunt novum. V.g. convenit inter me & te, ut domus mea esset tibi empti mille florenis. Deinde ex intervallo re integras, i.e. antequam vel tu mihi pretium numerasses, vel ego tibi domum tradidissem, aut etiam postquam & ego tibi pretium numeratum, & tu mihi domum quam tradideram restituissem, placuit inter nos, ut domus esset inempta. Per hoc pactum prior contractus venditionis, & obligatio atque actio inde nata, tollitur ipso jure: & tu atque ego contraria ista voluntate ab invicem liberamur. §. ult. l. 1. *Quib. mod. toll. obl. l. 7. §. adeo, & l. 58. ab empt. ff. de pact. l. 5. cum emptor. §. 1. ff. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quan. lic. ab empt. discedere*. Exempla similia peti possunt ex contractu Locationis-conductionis, Societatis & Mandati: qui omnes solo consensu contrahuntur: ut notum est ex *Inst. & l. 2. ff. de obl. & act.* Queritur, quid si in emptione-venditione data sint arrhæ, (quod argumentum emptionis & venditionis contractæ dicit esse *Imp. inir. tit. Inst. de empt. & vend.*) an hoc etiam casu res integra dici possit, ut liceat sine consensu discedere ab emptione: Omnino hoc dicendum est cum *Vlp. in l. 11. ex empto. §. is qui vina. ff. de act. empt. & cum Impp. in l. 2. C. quan. lic. ab empt. disced.* Quæ autem tunc ad repetendum arrhas rescisso contractu dentur actiones, petendum ex *d. l. 11. §. is qui. videatur l. 3. ff. de resc. vend. & l. in omnib. ff. de solut.* Ratio supradictæ regulæ sumitur ex vulg. reg. iur. *Nihil tam naturale est, quam unumquodq; eo modo solvi quo ligatum est, l. 35. ff. h. t. l. 80. prout. ff. de solut.* Cum itaq; emptio-venditio, alique similes contractus consensu contrahantur; non est mirum, quod dissensu contrario, sive contrariæ voluntis adminiculo, ut Gordianus *Imp. ait*, distrahantur: & quidem ipso jure, h. e. ita ut non opus sit opposita exceptione, quæ tunc demum habet locum, quando superest actio, quam elidere vel excludere possit exceptio. Est enim omnis exceptio actionis exclusio. *l. 2. ff. de except.* ubi ergo non est ulla actio, non est etiam exceptio: cum privatio præsupponat habitum. Atque ita patet, quomodo pactum ex intervallo factum planè tollat priorem contractum & obligationem ex eo.

Aliquando autem fit, ut non in totum recedatur à contractu priore, & is totus tollatur; sed tantum ex parte. V.g. pacto recedi potest ab emptione in parte eius, puta fundi tertia, quarta vel dimidia: quasi alterius partis vel reliquarum emptio fuisset repetita ac renovata. Nam si in totum potest abiri à contractu; quidni etiam pars eius possit reformari? Si tota res tolli potest, quidni etiam possit pro parte reformari? Si tota emptio dissolvi potest, ergo & pars ejus. Videatur hac de re pulchrè differens *Vlp. in l. 7. §. 6. adeo. ff. de pact.* ubi hoc & Pomponii & Iuliani auctoritate confirmat. Facit eodem & vulgata illa sententia. *Quod est juris de toto quoad totum, idem est juris de parte quoad partem. l. 75. quæ de tota. & ibi Bart. ff. de rei vind.* Nec interest, sive pactum illud, ut pars rei sit inempta, factum sit cum uno emptore, sive cum aliquo ex pluribus heredibus emptoris. Nam & hic pro parte dissolvitur emptio, pro parte manet. *dict. §. adeo, vers. sed cum duo.*

Hæc.

Hæc ita sunt in contractibus, qui consensu fiunt; ut, inquam, re integra sive nondum secuta, vel quod idem est redintegrata, possint vel in totum vel pro parte dissensu contrario dissolvi sive tolli: & quidem ipso jure tolli. Aliud est dicendum de contractibus, qui non solo consensu fiunt; sed re, verbis aut literis. Tales contractus nudo pacto non tolluntur ipso jure, sed ope duntaxat Exceptionis. §. *prætere. debitor. l. de Except.* Ut ipso jure hic tolli possit obligatio aliis opus est remediis: De quibus explicatur *in. inst. Quib. mod. toll. oblig.*

Sequitur videre, quomodo pacto de substantia contractus bonæ fidei ex intervallo secuto non tantum vetus contractus tollatur; sed etiam alius novus constituitur. Et si quidem à toto vetere contractu recessum fuerit rebus integris, v. g. si convenerit, ut fundus qui emptus ducentis aureis esset inemptus: & mox placuerit, imò ut domus esset empta quingentis aureis: hoc casu res nullam recipit dubitationem, quin prior emptio fuerit sublata penitus, & nova contracta: Quia & res & pretium hic est à priori planè diversum. Sed si convenerit de parte, v. g. ut esset pro media parte emptus centum, vel ut totus fundus esset emptus centum & quinquaginta; hic res non æquè est expedita: sitné dicendus novus contractus in locum sublato veteris substitutus, an verò sit idem contractus, sed reformatus ac renovatus? Certè inter Paulum & Ulpianum sicut aliarum rerum fuit sæpè non levis dissensio, (quamvis collegæ fuerint in officio Adseſſuræ apud splendidissimum Papinianum, quod notatur in *l. lecta. ff. de reb. cred.*) ita etiam circa hanc quæstionem dissentientes eorum fuisse opiniones observare licet ex collatione. *l. 72. pacta. vers. Paulus notat. ff. de contr. empr.* cum dict. *l. 7. §. adeo. digest. de pact.* Nam Paulus quidem scribit, videri hic recessum à priori contractu, & novam emptionem intercessisse, quando convenit rebus integris de pretio augendo vel minuendo. Idem puto dici posse, etiam si & res empta fuerit aucta vel minuta: cum sit eadem ratio. Nam æquè res ad substantiam emptionis pertinet, atque pretium. Et cum Paulo sensit etiam Pomponius: ut videre est in *l. 2. digest. de resc. vend.* ubi ait discessum esse à priori emptione, eamque infectam esse redditam per talem conventionem, ut res, quam semel à te emi certo pretio, pluris vel minoris empta esset: & ita consistere hic posteriorem emptionem, quasi nulla præcessisset. Ulpianus verò nō dicit, hic novum fieri contractum sublato veteri, ut novam intercessisse emptionem, sed priorem potius reformatum esse: & videri quadammodò quasi renovatum: idque non insubtiliter dici posse. Ex quibus verbis *d. §. adeo.* satis apparet, quàm cautè adeòque timidè etiam de hac re Ulpianus loquatur. Videtur autem eo respexisse, Quod non possit dici planè novum id, cujus eadem manet materia, licet ei aliquid vel decesserit, vel accesserit, *arg. l. 76. proponebatur. digest. de judic.* ubi Alfenus elegantibus aliquot exemplis probat, partibus licet commutatis, non tamen aliam rem fieri, sed eandem remanere. Quæret quispiam, Quid ergo interest, utrum hoc, an illud dixerimus? An, inquam, vetere contractu sublato ponamus novum intercessisse: an mansisse veterem, sed reformatum seu renovatum esse? Non parum certè refert utrum statuamus: quod demonstrat Iason post alios, quos allegat *ad d. §. adeo.* & Cynus in *l. 12. pacta novissi- ma Cod. de pact.*

Dixi de pactis ex intervallo super substantia contractus. Restat ut dicamus de vi pactorum quæ sunt ex intervallo super ADMINICULIS CONTRACTUUM quæ vulgò vel naturalia vel etiam *accidentalia contractuum* vocant Interpretes, ut supra in *Evidentialibus* hujus cap. monui. Regula esto: Pacta de adminiculis contractuum ex intervallo, sive posteaquam contractus erat absolutus, adjecta, siquidem talia sint, ut detrahant aliquid contractui continentur contractui: Sin autem aliquid adiciant, non insunt; nempe ut valeant ad actionem: veruntamen vires habent jure exceptionis: ut loquitur Papinianus in leg. 72. ff. de contr. empt. In ea enim lege est fundus huic regulæ, & ex eadem petenda sunt exempla adminiculorum contractus adhibito post alios Interpretes etiam Berengario Fernando, & Cujacio in comm. ad Papin. libr. 10. *Questionum*. Nolo enim huic rei nimis diu immorari. Videri etiam potest Constantinus Harmenopulus. lib. 6. tit. De divers. reg. jur.

Ad extremum observetur ratio, cur pactum contractui adjectum toties dicatur à Iurisconsultis *Lex contractus*, verb. gr. *Lex Locationis*, *Lex pignoris*, *Lex dotis*, *Lex emptionis*, *Lex depositi*, &c. quæ loquendi formulæ passim in Pandectarum & Codicis lectione occurrunt. Rationem nominis didici ex Marco Antonio Delrio. cap. 19. ad h. l. in princip. Quia scil. apud veteres pleræque conventiones legis instar, imperandi modo concipi solebant: ut apud Catonem *De re rustic.* Varronem item, & Ciceronem in *Verrinis* observare licet. Non tantum autem a modo loquendi hoc fluxisse videtur, ut pacta dicantur *leges contractuum*: sed etiam ab effectu, quem cum legibus habent communem. Nam ut *leges* dant formam negotiis hominum. l. 7. *Leges & Constitur. Cod. de LL.* ita etiam pacta. Nam & *leges* ipsæ sunt nihil aliud quam pacta quædam & communis sponso reip. l. 2. ff. de LL.

CAPVT XVII.

DE PACTO NE DOLUS IN BONAE FIDEI

contractibus præstetur.

Capite præcedente diximus de quibusdam pactis contractui adjectis, quæ non dant legem sive formam contractibus, sed inutilia sunt & nullius momenti. Tale est etiam pactum de dolo non præstando: quod sub hoc capite explicabimus. Ait Vlpianus: *Excepto eo, quod Celsus ait, non valere, si conveniret, ne dolus præstetur.* Hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium est. Et ita utimur. Quæ verba primum singulatim explicabo: tum de re ipsa videbimus, & quid objici possit, quomodo sit refellendum.

Excepto eo.) hoc aliàs Icti solent ita efferre: *Extra quàm, præterquàm, nisi &c.* de quibus formulis exceptionum dixi ad Inst. tit. De except.

Quod Celsus ait.) Celsus in ff. sæpè laudatur ab aliis Ictis. Fuerunt autem duo Celsi, pater & filius, ut etiam ex l. 2. in ff. digest. de orig. jur. didicimus: Quorum ille,

ille, Iuventius Celsus, in consilio fuit Ducem Veri Consul: hic Iulius Celsus dicebatur, & ex consiliariis Adriani Imperatoris fuit, teste Spartiano: iterum etiam eos, teste Pomponio. Idemque & Celsus adolescens nominatur in l. 91. si servum. §. 3. sequitur. ff. de verb. oblig. Nam sicut Nerva filius admodum juvenis de iure publice respondere coepit, cum esset 17. annos natus, ut est in l. 1. §. 3. in iur. ff. de postul. ita & huius Celsi ingenium maturè effloruisse accepimus. Scripsit autem undè quadraginta libros Digestorum, ut constat ex Indice P. Fl. præfixo. Laudat autem patrem suam filius in l. 29. pater meus referebat. ff. de leg. 2. Ejus nobile apophtegma fuit, referente Paulò, In quæstionibus de bono & æquo sæpè sub auctoritate juris scientia permittosè errari. d. l. 91. §. 3. ff. de V. O. Idem etiam peculii definitionem Q. Tuberonis conservavit nobis, teste Vlpiano in l. 5. & ipso Celso, in l. 6. ff. de pecul. Idem etiam in l. 79. si chorus. §. 1. ff. de leg. 3. conservavit nobis prudens dictum senum rusticorum, quos sæpè dicentes audierit Proculus, pecuniam sine peculio fragilem esse: id est bonum patremfamil. debere præsidii causa aliquos numos seponere, ne omnia in quotidianos usus erogat, sed aliquid comparcat: Das er nicht allem einen zehr / sondern auch einen noth und ehrenpfennig habe / ut Germani eleganter dicunt. Hæc obiter de historia & ~~negotiorum~~ istius Celsi: cujus magnam fuisse auctoritatem apud alios Iurisperitos, vel hic locus satis arguit. Habuerunt autem hunc morem frequentissimum I. Cti, ut posteriores priorum testimoniis suas confirmarent sententias & opiniones. Cujus rei sexcenta ex P. exempla præferri possent.

Sequitur ipsa regula, quæ ad priorem sententiam relata, est ejus exceptio: Non valere pactum, si convenierit, ne dolus præstetur. Intelligendus est autem dolus non præteritus, sed futurus: sive, quem paciscens demum post pactum commissurus est, non quem antea jam admiserat. Ratio infra intelligetur.

Sequitur in verbis Vlpiani: hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium est. Quibus verbis ratio continetur. Nam cum in bonæ fidei contractibus & iudiciis exuberet bona fides. l. 3. C. pro soc. Et in huiusmodi contractibus maxime exigatur: l. 5. si dolus. C. de resc. vend. Vnde etiam nomen acceperunt, ut apud Ciceronem lib. 3. offic. & explicatur ad §. in bonæ fidei. l. de act. Non debet contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahi. l. pen. C. de positi. Hoc autem fieret, si tale pactum de dolo non præstando admitteremus & toleraremus. Sicut igitur pacta, quæ contra substantiam contractus adijciuntur, ipsum contractum evertunt & annihilant, ut supra dictum cap. præced. Ita etiam istud pactum: quia naturæ contractuum bonæ fidei contrarium est. Sunt tamen & aliæ rationes, quare huiusmodi pacta non valeant, de quibus infra. Ex his autem Vlpiani verbis datur intelligi, hic tantum de bonæ fidei contractibus agi: quod etiam superiora exempla confirmant. Bonæ fidei igitur contractus vitiantur adiectione pacti de dolo non præstando, & ipso jure nulli sunt. Stricti verò juris contractus, quamvis tali adjecto pacto, tamen valent ipso jure. Ad infirmendam ergo actionem inde ortam opus est exceptione. arg. l. 36. si quis cum aliter. digest. de V. O. l. pen. C. de iur. sup.

stip. Quæ est notabilis differentia contractuum bonæ fidei à contractibus stricti juris. Videatur & l. 7. & *elegant.* §. 3. *digest. de dol. mal.* & l. 3. §. *ultim. digest. pro soc.* & l. 1. *Codic. de resc. vend.* Eandemque notarunt etiam Contius, & Delrio *hic*. Ratio differentiæ est, Quia etsi etiam in strictis judiciis valere debet æquitas, *arg. l. 8. placuit. de judic.* tamen aliud est æquitas, sive jus & iustitia, aliud est bona fides. Hæc enim plus quiddam est quam æquitas & iustitia. Estque bona fides, copiosa, exuberans, atque super abundans quædam æquitas; ut cum A. Contio *hic* loquar. Et hæc in bonæ fidei contractibus ac judiciis dominatur & attendi debet: non sic in strictis.

Tandem additur in verbis Vlpiani: *Et ita utimur.*) Significare vult hoc jus usu receptum esse. Alibi plenius dicere solent & Vlpianus & alii, *Hoc jure utimur.* Videatur l. 27. *hoc jure utimur. ff. de evict.* & l. 29. *hoc jure utimur. in pr. ff. de donat. l. 3. hoc jure utimur. ff. de aq. quot. & estiv. l. 10. hoc jure utimur. ff. de Verb. Orig. l. 86. hoc jure utimur. ff. de solut. & l. 195. hoc jure utimur. ff. h. t. de R. l.* Admonemur hac formula, Illi maximè juri & nos operam dare debere, quod in usu sit; sive, ut alibi Iustinianus loquitur, quod in ipsis obtineat rerum argumentis, ut est *in proæm. Inst. & in fin. tit. de satisf.* Etsi enim etiam jus antiquum suam habet utilitatem: ut indicat Imp. in §. 2. *l. de legat.* & ibi explicatur à Dd. tamen non nimium in illo immorari debemus, sed potius ad jus quo utimur subinde respicere ac festinare: inemores illius, quod ait Plinius *lib. 8. ep. 14. ad Aristonem.* *Quotus quisque est tam patiens, ut velit discere, quod in usu non sit habiturus?*

His ita ad verba Vlpiani, breviter annotatis, rem ipsam paulo plenius excutiamus. Regula igitur hæc esto: *Etsi magna vis est pactorum in contractibus, quæ legem illis dare & contractum formare perhibentur: Tamen expressum pactum, ne dolus futurus præstetur in contractu bonæ fidei, non valet, sed irritum est, & nullius momenti.* Confirmemus hanc sententiam & aliis legibus. Sic igitur & Paulus ait in l. 27. *si unus. §. 3. ff. de pact.* *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur.* Idemque Paulus in specie de commodato hoc affirmat in l. 17. *in pr. ff. commod.* *In commodato hæc pactio, Ne dolus præstetur rata non est.* Et similiter Vlpianus in l. 1. §. 7. *illud. ff. de pos.* *Illud non probabit, Dolum non esse præstandum.* Nam hæc conventio contra bonam fidem, contraque bonos mores est: & ideo nec sequenda est. Ratio dubitandi esse videbatur: quia qui adversario suo pacto remittit necessitatem præstandi doli, is suo juri renunciat: hoc enim cuilibet est liberum. *l. pen. Cod. de pact. cum simil.* Ergo hoc pactum valere videbatur. Sed respondetur: Potest quidem quisque suo iuri renunciare; verum tamen ita nequid de jure publico detrahat: ne quid contra substantiam & naturam contractus conveniat: nevé quid contra bonos mores admittat, sive occasionem & irritamenta præbeat ad delinquendum: Id autem faceret, qui paciscitur, ne dolus præstetur.

Satis vel nunc jam hinc intelligitur ratio hujus regulæ: tum quia hujusmodi pactum sit contrarium bonæ fidei iudicio; ut *hic*: tum quia sit contra bonos mores, ut *dict. l. 1. §. 7. illud. ff. de pos.* tum quia invitet ad delinquendum. *l. 5. illud convenire. §. 1. ff. de pact. dor.* tum denique quia afferat contemptum legum; sive, ne jus civile

civile impugnetur. *d. l. 5.* Et has quatuor rationes etiam affert Constant. Harmenopulus, ex eoque recitat & probat etiam Ant. Contius *hic*. Cumque eadem rationes militent etiam in pacto *ne agatur furti, ne Rerum amotarum, ne injuriarum, ne de moribus agatur, ne ob res donatas, ne experiatur quis interdicto unde vi &c.* meritò etiam tale pactum à jure reprobatur. *d. l. 27. §. 4. pacta quæ turpem. digest. de pact. & d. l. 5. illud convenire. in pr. & §. 1. digest. de pact. dot.* In qua lege per Ius Civile intelligitur prohibitio illa donationis inter conjuges, quàm Vlpianus *in l. 1. digest. de don. int. vir. & ux.* scribit moribus esse receptam. Quomodo & alia alibi dicuntur esse moribus recepta, quæ constat esse juris civilis. *l. 8. ff. de his qui sui. l. 2. ff. de vulg. & pup. subst.*

Quisquis de delicto aliquo agit, idem etiam de dolo agit, sine quo delictum nullum committitur: tamen si de dolo actio separata quardam ac propria sit. Expedit autem (scilicet Reipublicæ) timere furti vel injuriarum pœnam, ut ait Paulus *d. l. 27. §. 4.* quasi dicat, cum oderint peccare mali formidine pœnæ: hæc autem formido, & hic timor, per tale pactum tollitur. Quid enim metuet, qui scit, quicquid faciat, non tamen se ob id iudicio conveniri, aut ad pœnam ullam condemnari posse? Etenim maxima est ad peccandum illecebra spes impunitatis, ut est etiam apud Ciceronem: Contrà verò expedit Reipublicæ ne delicta maneant impunita. *l. 51. ita vulneratus. §. Quod si quis. ff. ad l. Aquil. l. 95. Stichum. §. 1. ff. de solut. l. 70. §. ult. ff. de fideiuss. l. 9. §. quod illicitè. ff. de publ. & vetig.*

Illud quæri video ab Interpretibus, utrum sicut de dolo, ne præstetur, pacisci non licet; etiam de lata culpa prohibita sit pactio, eam, sive præstationem ejus, remittens? Et quamvis Castrensis & alii *ad l. 27. si unus. ff. de pact.* existiment, valere pactum, ne lata culpa præstetur: tamen verior mihi videtur contraria sententia negantium: in qua præter alios etiam Ant. Contius *hic p. 52.* Rationem hanc reddere possumus, omissam ab aliis: Quia tale pactum non minùs invitaret si non ad delinquendum, ut pactio de dolo non præstando, saltem ad segnitiam & socordiam ac lupinam negligentiam, quæ in contractibus non minùs damnosa esse solet quàm ipse dolus: Vnde etiam Lata culpa dicitur passim à Iuris dolo proxima, imò etiam dolus esse (scil. præsumptus ut loquuntur Interpretes.) qua de re suprà *inter preliminaria hujus legis capita* diximus. Antonius Delrio etiam tali utitur argumento à majori ad minus: Testamento non potest remitti lata culpa. *arg. l. 1. Cod. de usufructu.* ubi non valet remissio cautionis usufructuariæ facta marito ab uxore: cum tamen illa cautione de utendo fruendo dolus & lata culpa contineatur. Ergo multò minùs poterit lata culpa pactis contrahentium remitti. Ratio consequentiæ est: quia major est ultimarum voluntatum & testamentorum favor quam contractuum: ut explicatur *ad l. 12. in testamentis. ff. de R. l.*

Porro non est perfunctoriè attendendum ad duo illa verba, quæ in regula superiore posui: *Expressum, & futurum.* Nam, ad primum quod attinet: Expressum duntaxat pactum, quo scil. disertè mentio fit doli remittendi, reprobant legistatores: non etiam tacitum. *l. 27. si unus. §. illud nulla. ff. de pactis.* V. G. vel paciscor tecum, dum res meas fidei tuæ commendo, ne mihi in hoc contractu depositi præstes dolum: vel paciscor tecum, ne omninò agam adversus te depositi.

Gg

Hic

Hic duo sunt pacta: quorum posterius valet: (Nam acturo tecum depositi, obstat exceptio pacti, ad elidendam actionem, quam tibi remisisti) prius non valet, eoque non obstante, nihilo secius teneberis mihi de dolo, si quid fraudulenter citra depositum egeris. Dices, Atqui etiam is, qui paciscitur ne agat depositi, videtur remittere pacto necessitatem praestandi doli. Nam depositi non agitur nisi ob dolum, vel latam culpam. Respond. tamen hoc negari non potest quin ita sit: tamen multum interest, an expressa fiat mentio doli; an verò tacite & vi ipsa sive effectu remittatur dolus. Multum interest, directe, quid agas, an oblique & rectis verbis. Nam, ut alibi sapè, ita hic quoque, major vis est expressi quàm taciti: & expressa nocent, non expressa non nocent: ut habet reg. iuris l. 193. h. t. & l. 52. nonnunquam. De cond. & demonstr. l. 68. si quis Sempronium. ff. de her. inst. quamvis aliàs nonnunquam taciti eadem sit vis quàm expressi. atque hæc responsio sumitur ex ipso Paulo d. l. 27. §. illud nulla. ff. de pact. ubi pro *re ipsa*, legunt alii eodem sensu *re ipsa*: sed illud elegantius est. Sicut autem actio depositi potest pacto remitti, sic & aliæ actiones similes, ut commodati, mandati, pro socio, empti venditi, locati conducti &c. Sed in nulla harum potest remitti præstatio doli. Nam pactum, ne hac vel illa actione ex contractu tenearis, nullam continet turpitudinem, neque contra bonos mores est, vel ad delinquendum invitatur: Sed pactum expresse mentionem faciens doli, eiusque præstandi necessitatem remittens, manifestam continet turpitudinem, & adversatur bonis moribus, & delinquendi præbet incentivum & occasionem.

Deinde quod ad futurum dolum attinet, sive nondum commissum, cur ille solus pacto remitti non possit; præteritus autem possit remitti: diversitatis ratio illa est: quia in præteriti doli remissione cessat ratio prohibitionis; quæ erat, ne homines ad delinquendum invitarentur: cum jam dolus sive delictum sit admissum; nec metuatur admittendum: merito itaque & ipsa cessabit prohibitio. Idemque etiam de delictis futuris & præteritis, sive committendis & commissis, verum est: ut de illis pacta non valeant: de his valeant: Nam potest quis post furtum sibi factum, post vim, post injuriam sibi illatam, post res amotas &c. pacisci ne agat furti, vel vi bonorum raptorum, vel interdicto unde vi, vel injuriarum, vel rerum amotarum &c. l. 17. si sibi. §. 1. & l. 27. si unus. §. pacta quæ turpem. ff. de pactis. l. 11. non solum. §. 1. vers. proinde. ff. de injur. Sed antequam illorum delictorum aliquod fuerit perpetratum, non licet ita pacisci, ne quis hac vel illa actione ex delicto futuro teneatur. Differentiæ ratio eadem est, quæ modò indicata.

Quæritur etiam obiter, an qui pactus est ne secum ageretur furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, &c. infamia notetur? Ita quidem dicendum videbatur ex l. 1. §. 5. qui furti. & l. 4. ultim. digest. de his qui not. infam. ubi non tantum condemnatus furti, aut simili quapiam actione, infamis efficitur, sed etiam is, qui pacto impetravit ab adversario ne secum ageretur. Veruntamen contraria sententia æquior est, ut scilicet pactus gratuito, sive absque pretio, non sit notatus infamia. Alioquin enim sine precibus quidem hæc daretur locus, nec ullo pacto liceret.

liceret impetrare ne secum ageretur, nulla veniæ ratio esset: quod inhumanum & crudelitati proximum esset. *l. 6. furti. §. 3. pactusve. ff. d. r.* Nec obstant *d. l. 1. §. 5. qui furti. & d. l. 4. §. ultim.* Nam ibi pactus intelligi debet is, qui pretio, hoc est, aliquo dato vel retento, id egit, h. e. qui transegit de tali quopiam delicto. Sic enim ipse Ulpian. interpretabatur nobis Edicti prætoris verba. *d. l. 6. §. 3. pactusve.* Et hoc Delrio quoque admonuit *hic, cap. 20. sub rubr. pragmatica interpretatio.* ubi & hoc rectè addit, Si ex contractu veniat actio, quocunque modo quis paciscatur ne secum agatur, siue gratis, siue dato pretio, id est pacto propriè dicto, siue transactione, eum effugere infamiæ notam, licet damnatus non effugeret. *l. 7. in actionibus. ff. d. r.* Vbi & rationem differentia Paulus hanc addit, quoniam ex his causis non tam turpis est pactio, quam superioribus. Curita? Ratio rationis est: Quia delicti & doli ipsum nomen est abominabile & probrosum, *argum. l. 42. ff. de V. S.* Non ita contractus vel quasi contractus, qui per se liciti & ferè juris gentium sunt: quamvis interdum illicita aliqua, ut doli fraudesque, etiam ipsis intercurrent. Atqui ita etiam isti legis nostræ parti, quæ Pacta de dolo non præstando reprobant, satisfactum esse arbitror.

CAPVT XVIII.

DE CASIBVS FORTVITIS.

Reliquum est, ultimum legis nostræ caput: quod est de casibus fortuitis, siue damnis fatalibus, seu iis, quæ vi maiore accidunt, nullaque diligentia humana prospici, præcaveri, vel averti possunt. De his ideo nobis hoc loco brevior atque facilior erit tractatio: quod jam nonnulla præmiserimus suprà, cum evidentialia huius legis proponeremus: ubi dixi, tum de vocabulo, seu variis appellationibus casuum fortuitorum: tum de re ipsa: quid, inquam, sint casus fortuiti & unde existant: tum de variis speciebus & exemplis casuum fortuitorum, quæ hinc inde per leges sunt dispersa. Hæc nihil necesse est: nunc repetere, novâ aliqua doctrina institutâ.

Illud tantum superesse videtur, ut dicamur, quod nam sit jus casuum fortuitorum: qua de re hæc traditur regula: *Quæ fortuitis casibus seu vi maiore accidunt, siue damna fatalia, quæ nulla diligentia humana prævideri, nulla vi præcaveri potuerunt, ea ex natura contractus, in nullo bonæ fidei iudicio præstantur: ut hic. §. animalium verò. & l. 6. quæ fortuitis. Cod. de pignoratit. action. & §. final. in fine Instituit. Quib. modis re contrahitur obligatio. l. 18. in rebus. in princip. D. Commodat. l. 1. Cod. de commod. l. 1. Cod. depositi. l. 25. si merces. §. vis major, digest. Locat. l. 12. damnum. Cod. de locat. l. 1. §. 11. si Magistratus. ff. de Magistrat. conveniend. l. 2. §. 7. si eo tempore. D. de Administrat. rerum ad civit. pertinent. cum similibus legibus.* Ratio est: Primum quidem; quia

quia unaquæque res domino suo perit, ipsiusque periculo est. *l. 9. pignus. Cod. de pignorat. actione*, æquè igitur ipsi erat peritura, etiamsi in contractum v. g. Commodati, Locati, pignoris, depositi, precarii, vel alium similem, deducta non fuisset. Deinde: quia impossibile nulla est obligatio, ut ait Celsus in *l. 185. impossibile. inf. h. t. & facit l. 31. verum est, eod. titulo*. Iam verò impossibile est homini, casus fatales vel prospicere, vel avertere, atque evitare. *l. 1. §. 4. & illc quidem. vers. in verò. ff. de Obl. & Act. & §. item is cui. vers. sed propter maiorem vim. Instit. Quib. mod. re contrah. oblig. d. l. 2. §. 7. si eo tempore. D. de Administrat. rer. ad civit. pertinent.* Cum similibus legibus, quas suprà inter Evidentialia hujus legis recensui: Ex quo apparet, quàm iniquum futurum esset, velle quempiam obligare ad ejusmodi casuum præstationem. Nec obstat, si quis dicat, pacto tamen effici posse, ut casus fortuiti præstentur: tale enim pactum valere, paulò post demonstrabo. Respondendum enim ex hujusmodi pacto non obligari aliquem ad impossibile, hoc est, ad id, ut casus fortuitos vel provideat, vel præcaveat: (id quod facere nemo potest, sive id pacto promiserit, sive non promiserit.) sed ad hoc, ut sufferat æstimationem damnorum ita contingentium. Hoc autem non est impossibile, inò in potestate est promittentis, cum possit non promittere, nec paciscendo se ita obligare. In eandem sententiam etiam P. Peckius aliis verbis respondet, ut refert ipsius discipulus M. Ant. Delrio. *in fin. c. 21. ad h. l.*

Non frustra verò addidi in regula hæc verba: *Ex natura contractus*. Nam pacto conveniri potest, inter contrahentes, ut etiam casus fortuiti præstentur. *d. l. 6. quæ fortuitis in verb. nisi inter contrahentes placuerit. Cod. de pignorat. actione. & dict. l. 1. vers. sed ut cum his. Cod. de commodat. & l. 1. in verbis, si non aliud specialiter convenit. Cod. de depositi.* Cum similibus: Atque hæc una est exceptio à regula nostrà: cujus exceptionis hæc est ratio, quia pactum dedit legem contractui: & quia sibi imputare debet, qui præstationem casuum fortuitorum in se suscepit, atque ita durius se obligavit, quàm aliàs regulariter teneretur. Quod itaque semel ei placuit, hoc non potest amplius displicere. *c. quod semel. de R. l. in 6. & arg. l. 5. sicut C. de Obl. & Act.*

Sed circa hanc primam exceptionem illud jam olim quæsitum esse video: an pactum quo inter contrahentes convenit, de Casibus fortuitis præstandis, debeat nominatim singulos casus exprimere: an verò sufficiat, in genere sive universè omnes complecti? Prior sententia placuit Iohanni veteri glossatori: Posterior Martino & Azoni: quam & Marc. Anton. Delrio *hæc cap. 21. in pragmatica interpretatione* præfert, ut veriore: valere inquam tale pactum generale: suscipio in me omne periculum casus fortuiti: & interposito ejusmodi pacto, omnem omninò fortuitum casum præstandum esse, quantum libet etiamsi sit insolitus: *argum. l. 78. fistulas. D. de contrah. empt.* Accedit, quod nusquam vel jurisconsulti vel Imperatores, in suis legibus hujus pacti mentionem facientes, requirunt, ut specialis aliqua enumeratio fiat casuum fortuitorum: ut patet ex *l. 7. Iurisgentium. §. item si quis pactus. digestis. de pact. & ex l. 39. & Aristoni. digestis. Mandati.* Nec obstat, aut pro Iohannis sententia quidquam facit, *leg. 1. Cod. de depositi in verb. si non aliud.*

aliud specialiter convenit. Nam Imperator ibi non requirit specialem enumerationem casuum fortuitorum: sed hoc tantum vult, opus esse pacto quo à communi regula recedatur, si casus fortuiti in iudicio bonæ fidei præstari debent. Secundò nihil etiam juvat sententiam Iohannis l. 4. §. *quisitum est. digestis. si quis cautionibus &c. in verbis sed & ego puto conventionem istam ita valere, si specialiter &c.* Nam ubi non agitur de præstatione casuum fortuitorum in contractibus, neque quæritur, an generalis promissio sufficiat, an verò specialis eorundem enumeratio requiratur: sed quæstio in ea lege est, de generali renunciatione exceptionum ob casus fortuitos in iudiciis: & hanc negat Attilicinus valere; quem & Ulpianus sequitur, requirens specialem expressionem casuum. Nec rectè hoc casu argumentum ducitur à iudiciis ad contractus: neque à stipulationibus judicialibus vel prætoriiis ad stipulationes conventionales, sive ad pacta conventa: inter quæ quantum sit discrimen, explicat hîc Antonius Delsio. Illud tamen non improbo; quod Antonius Contius ex d. l. 4. §. *quisitum.* colligit, pactum de casu fortuito præstando, non debere captiosum esse, nec ita conceptum, ut generalitate sua infidiosum esse videatur. Nam & aliàs à bonæ fidei contractibus, omnis dolus, captio, machinatio, & circumventio quàm longissime abesse atque exulare debent: ut notatur cum alibi, tum ad l. *& eleganter. digest. de dolo malo.* Tertio denique nihil ad rem facit, l. 11. *jubemus. Cod. ad Scrum Vellejanum*, ubi generalis renunctio SCti Vellejani facta à muliere restringitur ad contractum super quo interponitur. Quid enim hoc ad generalem promissionem de casibus fortuitis præstandis? ut ita planè à separatis, & quæ nihil commune inter se habent, hîc fiat illatio contra l. ult. ff. *de calumn.* Posset etiam pro sententia Iohannis adferri illud Ulpiani: *Et quæ notabiliter sunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta. l. 15. item apud Labronem. §. 26. edictum. D. de injur.* ex quo effici, videbatur, etiam hîc necessariam esse specialem enumerationem casuum fortuitorum; & non enumeratos, non venire præstandos, ex generali promissione. Sed Ulpiani illa regula potius pertinet ad munus interpretis; cujus est singula sub aliquo genere latentia enucleare, & involuta evolvere, quò plenius ab auditore lectoreve intelligantur ac pernoscantur, neque negligantur, quasi per præteritionem: nequaquam verò ibi Iurisconsultus enervare voluit vim generalium promissionum, vel renunciationum, & similibum. Quem illius loci verum intellectum probè notandum puto. Alioquin de generalibus promissionibus, conventionibus, stipulationibus, pactis, remissionibus, renunciationibus, hypothecis, donationibus, & similibus, valere debet regula tralatitia: *Qui omne dicit, nihil excludit: & generalis enumeratio generaliter est exaudienda, atque intelligenda.* Illud hîc minime prætermittendum puto, si quis aliquot fortuitos casus enumeraverit specialiter, eum de aliis non expressis non teneri: Idque ex alia vulgata regula: *Aliquorum inclusio, ceterorum ejusdem generis est exclusio.* Quamvis aliud esset dicendum, si quibsdam casibus enumeratis, postea subiecta fuisset generalis clausula, omnes alios universim comprehendens.

Succedit superiori alia quæstio, eaque potissimum ad verborum significationem pertinens. Quid enim si paciscentes non dixerint de *periculo casuum fortuito-*

raitorum, sive de casu fortuito, & damno fatali præstando; sed simpliciter de periculo &c. in contractu præstando: quid hîc appellatione periculi continebitur? Resp. secundum variam contractus, quo de agitur, naturam, variam quoque esse significationem periculi. Aliquando enim periculi vocabulum significat damnum quod levissima culpa accidit: v. g. Si pactum de eo præstando adjiciatur contractui, in quo aliàs regulariter ex ipsius natura vel dolus tantum, vel dolus & culpa præstat-
tur. Aliquando verò periculum significat casum fortuitum, seu damnum fatale, & vim majorem. Quam distinctionem aliquot legibus comprobat Delrio: cui as-
sentior.

Et hætenus de prima exceptione à regula nostra: nempe si pacto (intellige, incontinenti sive in ingressu contractus adjecto, secundum doctrinam superio-
rem) promiserit quis, se casus fortuitos præstiturum. Nec refert, utrum in genere quosvis casus nominaverit, an in specie enumeraverit. Quod duobus modis fieri potest, vel generali clausula sub finem specialis enumerationis adjecta: vel hac om-
missa, secundum ea, quæ superius tradidi, sub *scilicet quaestione prima.*

Nunc cæteras exceptiones videamus. Secundò igitur fallit regula de casibus fortuitis, si dolus aut culpa casum præcellerit. Vulgò in hac exceptione tantum ex-
primunt culpam, sed omninò etiam dolus addendus est, tum ex *leg. 18. in rebus. D. commod.* tum ex hac ratione manifestissima, quasi tenetur is cuius culpa præcessit casum, (sicut omninò tenetur) quanto magis tenebitur is, cuius dolus argui po-
test. Exceptio autem hæc ita est interpretanda: si quid sit quod imputari possit ei qui rem, quæ casu fortuito periit, restituere debuit, sive ille tali damno occasio-
nem præbuerit, vel dolo, vel culpa aliqua sua. *l. 5. §. 4. quod senectute in verbis: nisi aliqua culpa interveniat. & dict. l. 18. in rebus, in verb. quæ sine dolo & culpa ejus acci-
dunt, à contrario eius legis sensu. D. commodati.* Vbi notandum obiter, copula-
tivam particulam [*&*] positam pro disjunctiva, [*aut,*] quod in jure non est novum, item *l. 1. §. 4. & ille quidem. vers. sed & in majoribus: in verbis si culpa ejus interveniat. D. de Obligat. & Actionib. & §. item is cui. in verb. si modo non ipsius culpa is casus inter-
venerit. Institut. Quibus modis re contrah. obligatio. & l. 22. sive in verb. Si sine vitio ejus acciderit, ff. de negot. gestis.* Facit eodem *l. 2. §. 8. Si quis tamen, in verbis. Si quid sit quo ei imputetur. D. Si quis cautionibus. item l. 45. is qui ex stipulatu. in ver-
bis non tenetur, non enim per eum stetisse videtur: à contrario eius legis sensu. D. de Obl. & Act. V. G. Tutor res pupillares, quas in horreo conditas habere, vel etiam vendere debuit, secum circumtulit, exque in hospitio ejus conflagravit. Quæritur, cuius hoc sit damnum sive dispendium: pupillinè, an tutoris? Videbatur di-
cendum, quod spectet ad pupillum, & tutor ab ejus præstatione sit absolvendus: quia incendium casibus fortuitis annumeratur, ut est in hac lege in verb. incendia. Iam verò casus fortuiti non imputantur tutoribus & curatoribus, *l. 50. Si res pupil-
lares. D. de admin. tutor. l. 4. tutoribus. Cod. de pericul. tutor.* Contrarium tamen re-
spondetur, nempe hoc damnum esse tutoris: quia scilicet hîc intervenit culpa seu segnities tutoris, qui non debuit sic circumferre res pupilli, aut in hospitio habe-
re, sed potius recondere, & diligenter asservare: vel si servando servari non po-
terant,*

cerant, maturè distrahere ad utilitatem pupilli: quod si fecisset, non fuissent incendio consumptæ *l. 3. C. de peric. tutor.*

Aliud exemplum secundæ huius exceptionis præbet *lex 18. D. commod. & d. l. 1. §. 4. D. de obligat. & actionib.* juncto §. *idem is cui. Institut. Quibus modis re contrah. oblig.* Commodatarius rem, quam utendam acceperat, peregre secum sumplit, atque ita amisit, incursum latronum vel piratarum, vel hostium, vel prædonum, vel etiam naufragio, vel inundatione, vel incendio, &c. Quæritur, num de ea restituenda teneatur? Ratio dubitandi est; ut videatur non teneri, quia hi sunt casus fortuiti siue majores, sunt damna fatalia, quibus resisti non potuit, siue adversus quæ caveri non potuit, ut est in *h. l. nostra.* huiusmodi autem casus in nullo bonæ fidei iudicio (quale est etiam commodati) præstantur. *l. 6. quæ fortuitis. C. de pign. actione. & §. animalium. h. l. nostra,* cum similibus locis, supra in regula allegatis. Ratio tamen decidendi est; cur, inquam, talis commodatarius etiam istorum casuum nomine teneatur: quia culpa ipsius hunc casum præcessit, qui videlicet rem, quam ea lege accepit, ut domi uteretur, peregrè tulit: id quod facere non debuit: ac proinde casus adversus meritò ipsis imputabitur, quippe cui occasionem præbuerit. Ex quo intelligitur, secus esse, si rem etiam in eum finem accepisset, ut peregrè assumeret; tunc enim si quid vi majori accideret, præstare non cogitur, nisi fortè per loca periculosa proficisci maluerit, cum posset per tutiora. Similia exempla doli aut culpæ casum præcedentis, facillè ex aliis quoque contractibus, vel quali sumi possunt, ut emptionis venditionis; locationis conductionis, mandati, depositi, pignoris, societatis, dotis, precarii, negotiorum gestorum, communione rei, &c.

Æquitas huius exceptionis per se patet: quia his casibus, ut dixi, est quod imputari possit illi, cuius dolus aut culpa intervenit: quæ si non intervenisset, res salva mansisset, ut in exemplis superioribus & similibus cuivis est manifestum.

Tertiò fallit regula, si mora casum præcesserit, id est, si is qui ex naturâ contractus rem debebat tradere vel restituere, fuerit in mora tradendi, vel restituendi, eaque inter moras perierit, *l. 18. si in asia, §. quemadmodum. digest. depositi. l. 14. si plures. §. fin. eod. tit. & l. 8. quæ sit m. §. & generaliter. res. p. l. ant. ff. de precario, cum similibus.* Hæc exceptio superiori est similis. Nam hæc quoque est quod imputari possit moratori, seu cunctatori, id est, ei qui inoram fecit. Est enim mora quædam species culpæ, cum quis rem non suo tempore restituit. Si quid igitur per moras restituendi acciderit: meritò hoc damnum spectabit ad moratorem, non ad dominum rei.

Sed circa hanc rem antiquissima est controversia: An hoc indistinctè verum sit, siue res similiter apud actorem vel dominum erat interitura, siue non: an verò tum deum exceptio obtineat, si res non eodem modo apud actorem seu dominum peritura fuisset. Prior fuit jam olim sententia Iohannis: posterior Martini. Accursius hac in re vacillavit, aliquando Iohannis sententiam, aliquando Martini amplexus. Sed verior & æquior esse videtur sententia Martini: videlicet si res non eodem modo peritura fuisset apud actorem seu dominum, ut tunc

demum

demum is reo præstare debeat interitum, qui post moram contigit; alias non item. Quam sententiam & Antonius Contius, & Deltio, hîc præferunt alteri. Videatur & Accursius *ad dict. l. 12. si in Asiam. §. fin. in gloss. verb. periculo, & ad dict. l. 14. si plures. §. final. in verb. interitura esse. digestis. depositi.* & Franciscus Hotomannus *Illustr. quæst. 30.* ubi altius quoque ascendes, docet, non primum inter Martinum & Iohannem exortam, vexatamque hanc esse quæstionem, sed jam olim inter Sabinianos & Proculianos fuisse agitatam.

Quærecaliquis: Sed unde hoc cognoscemus, an res eodem modo apud actorem peritura fuerit, nec ne, si absque mora ei tradita vel restituta fuisset? Resp. Ex circumstantiis, personæ, rei temporis, &c. facile hoc æstimabit Iudex, an distrahere rem voluerit, & potuerit actor, si eam in tempore habuisset, atq. ita pretium rei saluum habere. Non enim simpliciter standum & credendum est assertioni actoris, dicentis; si rem habuisset se illam distracturum fuisse; sed ex circumstantiis, ut dicebam, diligenter ponderatis hoc sumendum est. Videatur & Ciphanius *ad l. 23. si ex leg. tit. n. 17. ff. de verb. oblig.* Atque ita hîc notandum, quomodo possit reus purgare inoram, sive eius pœnam evadere docendo scil. rem eodem modo perituram fuisse apud actorem, etiam si penes eum fuisset. Videatur Anton. Deltio *ad h. l. cap. 29.*

Hæc de tribus à regula nostra exceptionibus breviter dixisse sufficiat: quibus & hæc quarto loco adjungi potest: Si reus in se receperit, se æstimationem rei præstaturum. Nam hoc quoque casu illam debet, etiam si res interierit casu aliquo majore, seu fortuito. Omne enim periculum ab eo præstandum est, qui rem æstimatam accepit, *l. 5. si ut cerid. §. 3. & si fortè. digest. commodati. l. 10. plerumq., in pr. ff. de jure dot.* (ubi quam Iurisconsultus tradit cautelam, ea probè notanda est, præsertim sponis & novis maritis, ne facile dotem æstimatam recipiant, sed potiùs inæstimatam) & *l. 10. Cum dotem vers. quis enim dubitet. Cod. eod. tit.* Ratio est, quia æstimatio est loco & instar emptionis; unde etiam facta rei æstimatæ traditione, sive ex causa dotis, sive ex aliâ, competit actio empti, ob rem evictam, *l. 16. quoties. ff. de jure dotium. l. 1. l. 5. & l. 10. C. eod. tit.* Sicut ergo emptori res perit post traditionem, utpotè Domino rei, ut notatur *ad §. Cum autem emptio. Instit. de empt. & vendit. & ad titul. digest. de pericul. & commod. rei vend.* sic etiam fit in re æstimata data.

Restare videtur, ut exempla sive ut species casuum fortuitorum ab Ulpiano hîc allatas denuò percurramus, quo facto finem Commentario nostro imponam.

Primùm igitur nominat Iurisconsultus *animalium casus mortesque que sine culpa accidunt.* Animalia intelligere debemus, non tantùm jumenta, ut equos, asinos, mulos, boves, & similia, quorum operâ homines in arando, vehendo, trahendo, vel aliter quoquo modo utuntur? non solùm etiam alias pecudes, verùm etiam servos sive mancipia. Nam Romani inter servos & quadrupedes nullam ferè constituebant differentiam; Imò hæc inter se æquabant, ut disertè fatetur Cajus in *l. 2. §. 2. ut igitur apparet D. ad L. Aquil.* Vnde & Volusius Marciianus conjun-

conjungit mortes servorum ceterorumque animalium in l. 30. in ratione in pr. ff. ad L. Falcid. Casus deinde accipere debemus, non tantum de casu seu prolapsione ex alto, sive de præcipatione, ex qua crurifragium vel alia quæpiam læsio, aut mutilatio quadrupedis vel servi extiterit: Verum etiam quicquid adversi fortuito accidit animalibus; puta morbos, vel vitia: inter quæ duo quid intersit, explicatur ab Ulpiano & Paulo, l. 4. & 5. ff. de Edil. Edict. Item à Modestino, in l. 101. inter stuprum. §. 2. verum est. ff. de V. S. Mortes verò, (quæ alibi etiam mortalitates appellantur) nihil aliud sunt, quod & vulgò patet, quam in homine animæ à Corpore separatio: in brutis autem, animæ cum corpore extinctio atque abolitio. Quod autem addit Ulpianus, *quæ sine culpa accidunt*, hoc eò pertinet, ut ex contrario intelligamus, si culpa rei interveniente, mortuum aut læsum fuerit animal, aut mancipium; hunc non esse pro casu fortuito habendum, & proinde à reo præstandum: ut supra in secunda exceptione latius exposui, ex d. l. 18. in rebus. in pr. vers. *veluti*. ff. Commod. cum similibus legibus. quas ibi adduxi. Quibus addatur & l. final. in verb. *si nulla culpa tua interveniente*. ff. eod. t. Commod. Exempla eantem Casus sive damni ex culpa orti passim obvia sunt in Legibus sub tit. D. Ad Leg. Aquil. & alibi. Videatur l. 27. si servus. §. 22. si mulier. ff. ad Leg. Aquil. & l. 30. qui in sulam. §. 2. qui mulas. D. Locati. quas etiam allegat Iohannes Igneus in Comment. ad h. l. Quæret aliquis, quid dicendum sit in dubio: si non constet, utrum casu fortuito, vel sua morte animal aut mancipium interierit, an verò interveniente seu præcedente dolo aut culpa rei? Respond. in dubio absolvendum esse reum: utpotè cuius dolo aut culpa non sit præsumenda; sed actori incumbat probatio doli vel culpæ in reo intervenientis: Quod & Antonius Delrio rectè admonuit ad h. l. c. 22. & c. 31.

Secundò addit Ulpianus casibus fortuitis *fugas servorum qui custodiri non solent*. Tria ferè sunt vitia servorum, & ingeniorum servilium: fuga, furtum, & mendacium. De prioribus duobus (quæ quidem aded sunt conjuncta, sibi quæ invicem connexa, ut ipse sui ipsius furtum fugiendo facere dicatur servus, dum scilicet hero suo se subtrahit.) de his inquam duobus elegans est distichon Martialis:

*A pedibus didicere manus peccare proterva,
Non miror furem, qui fugitivus erat.*

Catullus quoque eleganter talein servum vocat *herifugam*, qui à Domino suo fugit: Græcis est *δρακόν*. Et hanc ob causam in venditione servorum sive mancipiorum solebat venditor repromittere, servum fugitivum vel erronem non esse, noxæ solutum esse: l. 1. §. 1. & l. 17. quid si fugitivus. ff. de Edil. Edicto. ubi per totam legem hæc tria diligentissime explicat Ulpianus, *fugitivum, erronem, & noxa solutum*: Conferatur etiam Triphoninus in l. 225. fugitivus. ff. de V. S. Ex hoc autem loco Ulpiani discimus, servorum alios solere custodiri, alios autem non item: Quod & aliis locis comprobatur: ut in primis l. 21. si à bona fidei possessore. ff. de R. V. l. 5. §. 6. sed an etiam. ff. commod. & §. cum autem emptio vers. quod si sugerit, Instit. de Empt. & vend. Et regulariter quidem servi non solent custodiri: Ratio, quia & difficilis ea custodia esset, & inutilem propemodum faceret usum servorum: quam rationem rectè hic Antonius Contius assignat. Nam illa custodia ferè plu-

H h

ris

ris constaret quàm sit ipsius servi pretium, vel quæ ex ipso percipitur utilitas. Im-
mò & supervacanea esset custodia in servo frugi & integræ opinionis: nec tantùm
supervacanea, sed etiam noxia: quippè quæ maximam præ se ferret diffidentiam;
adeoque etiam ex servo frugi facere posset servum nequam. Ferè enim ita fit, ut
qui fidem sibi haberi vel non haberi animadvertit, quamvis priùs fuerit bonus &
fidelis, degeneret atque desciscat à pristina bonitate ac fide: sicut contrà, fides ha-
bita fidem ipsam fortius astringit: ut est apud Livium. Sed qui suspecti sunt de fu-
ga, quales sunt vincti & ergastularii, quivè ejus sunt ætatis, ut custodia egeant; hi
certè custodiri debent. *d. l. 5. §. sed an etiam. ff. commod.* Idemque dicendum est de
his, quorum custodiam in se quis recepit. *dict. 8. cum autem emptio, cum similibus.*
Cum igitur quæritur: sit ne fuga servi annumeranda casibus fortuitis, an non
item debeat præstari, an non? Respondendum est per distinctionem: Aut ser-
vus talis fuit qui custodiri non solebat, sed neque debebat, puta quia integræ opi-
nionis, minimeq; suspectus erat: hoc casu fuga est casus fortuitus, proindeq; non
præstatur. Aut servus ex eorum genere fuit, qui custodia indigent; puta quia sunt
suspecti de fuga, quia non bonæ opinionis, quia ea ætate constituti, quæ se ipsam
regere non valens, sed opus habet custode, cujus etiam Horatius in *arte Poetica*
mentionem facit: quanquam de liberis hominibus loquens.) quia deniq; custo-
diam eorum quis in se recepit: & tunc fuga non est casus fortuitus, ac proinde
præstabitur. Veruntamen ad prius membrum distinctionis huius hæc addenda
est Exceptio sive limitatio: nisi servus qui custodiri non solet, aufugerit ab hero
suo propter sævitiam & immanitatem ipsius: puta, quia fame ab ipso torquebatur:
(Quo tormento nullum est majus: teste Homero, & Iosepho historico in *libro de*
bello Iudaico) vel quia intolerabili injuriâ ab ipso afficiebatur, ut est in *§. fin. Instit. de*
his qui sunt sui vel alieni juris: tunc enim, quia culpa præcessit casum, (Nam & sæ-
vitia nimia culpæ adscribitur) meritò præstabitur etiam fuga talis servi, secundum
ea quæ suprà dixi in *secunda exceptione*. Sed hîc non immeritò quispiam dubi-
tet, quo pacto fuga servi sit casui adscribenda: cum certum sit, eam proficisci ab
ipsius servi affectu & animo: ab animo, inquam, sive ab affectu in effectum, sive
in actum extrinsecum perducto: id quod sæpe inculcatur in *dict. l. 17. ff. de Edil.*
Edict. & in d. l. 225. ff. de V. S. Iam verò quæ à libera hominis voluntate depen-
dent, sive quæ ex animi cuiusque propositione cum aliquo actu constant; ea non
debent, certè neque possunt, conferri in casum: ut prolixè disputat Aristoteles
lib. 3. Eth. & consimiliter S. Basilus inquit, *Quarum rerum principia sunt in nobismet*
ipsis, earum rerum causas non debemus foris & extraneos querere. Videbatur ergò fu-
ga non esse casui adscribenda, sed potius ipsius servi nequitie & perversæ volun-
tati. Respond. Quod fuga servi casibus fortuitis annumeratur hoc non fit ratione
ipsius servi fugientis (qui quidem libera voluntate & propositione animi, nullaq;
vi majore, nullo casu fatali impulsus fuit, & fugiendo sui ipsius furtum facit, ut su-
pra monui) sed fit hoc ratione & respectu aliorum, puta ejus qui debet servum,
& cui ille debetur. Eadem & objectio & solutio ad quædam prædonum, latronum & ho-
stium &c.

Tertiò

Tertio nominat Vlpianus inter casus fortuitos etiam *Rapinas*, id est si res qua de agitur alicui per vim erepta sit, hunc casum præstare non tenetur. Sic etiam in l. 30. in ratione. ff. ad L. Falcid. rapina ponitur post mortes animalium &c. Rapina live raptus quid sit, & quomodo differat à furto, expositum est ad tit. I. de vi bonorum raptorum. Summa hæc est: Differre & modo delinquendi, & genere actionum, & pœnæ quantitate. Nam primum, Rapina semper fit palam & manifestè ac per vim. Rapi enim sine vi non potest, teste Vlpiano in l. 3. §. 5. aliud ff. de incend. ruin. naufragio. Vnde etiam raptor dicitur fur improbius. l. 2. §. 11. Caterum. ff. vi bonorum raptor. l. 4. idem si. §. 12. qui vim. Quod metus causa. l. 80. cum vendidero. §. cum raptor ff. de furr. ob maiorem videlicet improbitatem. Sed furtum etiam clàm fieri potest: Est enim furtum aliud manifestum, in quo scilicet fur deprehenditur priusquam rem pertulerit, quo destinaverat: aliud nec manifestum, in quo fur non deprehenditur quidem, sed tamen quod factum esse negari non potest: ut docetur in §. 1. l. de O. quæ ex delicto nascuntur: tamen si etiam fur manifestus ad furandum accedit, animo latendi potius quam ut deprehendatur hoc enim fit per accidens, non ex ipsius intentione. Secundò differunt (ut dicebam) genere actionum, Nam furti actio alia est civilis, nempe ex XII. tabulis, videlicet, manifesti: alia est prætoriam sive honoraria; ut nec manifesti: sed vi bonorum raptorum actio semper est prætoriam. Tertio differunt modo sive quantitate pœnæ: quia vi bonorum raptorum actio semper datur in quadruplum: sed furti actio, nunc in quadruplum, si manifestum sit furtum; nunc in duplum, si nec manifestum: Et in furti actione quadruplum & duplum totum est pœna, extra quam res ipsa etiam propria actione peti potest, puta rei vindicatione: In actione verò vi bonorum raptorum, quadruplum continet etiam rem ipsam; ut triplum sit pœna. Videatur pr. tit. Instit. de vi bonor. raptor. & §. sequens. vers. ex maleficiis. Institut. de Act. Cum igitur tam multe sint differentiæ, inter rapinam & furtum, non est mirum sub rapina furtum non contineri. Nunquam enim diversarum specierum una sub altera continetur, ut docent Philosophi. Ideoque si quis iuraverit se rem non rapuisse, & postea conveniatur vel actione furti, vel condictione furtiva, non poterit se tueri contra hanc novam actionem exceptione iurisiurandi: ut docet Vlpianus in l. 28. in duobus. §. 5. si quis iuraverit. ff. de iure iurando, Alia enim est actio vi bonorum raptorum, alia furti, alia denique conditio furtiva, & quemadmodum exceptio rei iudicatæ non competit, si nova actione quis experiatur, ut docetur tit. Digestorum de Except. rei iudic. l. 7. ibid. itaque neque iurisiurandi exceptio datur ei qui nova actione convenitur. Furtum igitur non computatur inter casus fortuitos, sicut latrocinium: ut notat Accursius ad l. 3. in verb. etiam si sine culpa ff. nauta caupon. stabul. & in l. 52. cum duobus. §. damna. ff. Pro socio. & facit huc. §. præterea vers. ut aq. digestus. Quibus modis re contrah. obligat. in verb. qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit. Furtum enim (ut alibi dicitur) diligenti patrifamilias non fit: potest enim diligentia & attentione præcaveri. Sed latrocinium ac rapina præcaveri non potest: custodia enim adversus vim parum proficit: ut alibi dicitur. Discrimen hoc probari potest etiam lege Mosaica, Exod. 22. ubi re deposita furto sublata tenetur depositarius de eâ reddendâ; sed per vim hostium ereptâ, vel alio casu

perditâ, non tenetur. Obstare videtur l. 30. *In ratione. in pr. ff. ad l. Falc.* ubi Marcianus cōjungit furta cum rapinis, & morib. servorum, cæterorumq; animalium, & cum incendiis ac ruinis: quos tamen omnes casus fortuitos esse constat. E. furta quoq; erunt casibus fortuitis annumeranda, autore Marciano. Resp. Coniungit quidem ibi Ictus furta cum rapinis & cæteris casibus fortuitis, verum non quod velit furta quoq; eiusdem cum illis esse generis: sed quia propositum ipsi erat omnia omnino damna enumerare, quæ sine dolo vel levi culpa legatarii contingunt; quæ negat venire in rationem legis falcidiæ, sed ait hæredi perire: Apparet hoc manifeste ex illis verbis legis: *in summa quodcunq; damnum &c.* quasi dicat, etiam si aliter quàm casu fortuito acciderit. Sunt tamen qui furtum quandoq; velint esse casum fortuitum: ut si furtum sit domesticum, quod difficilius caveri potest quàm aliud: item si furtum fiat cum effractione: ut videre licet apud Ant. Delrio. c. 24. *in fine*, ubi rectè ait, tale furtum ad rapinam & vim potius pertinere: sicut etiam in constitutione Caroli V. hæc species furti gravius punitur, quàm furtum simplex sine effractione.

Quartò, ponit Vlp. inter casus fortuitos *tumultum*. Ad etymon vocabuli quod attinet, aliàs monui, videri potius deductū nomen à *tumore*, vel à *tumendo*, quàm à *timore multo*. Laudavi quoq; locum Ciceronis. 8. *Philippica*, ubi similiter à timore deducens nomen distinguit inter tumultum ac bellum; quāvis Servius in *Virgil.* 8. *Æneid.* tumultum constituat unum ex quatuor generibus militiæ apud veteres usitatæ: sed Icti tumultui latius usurpassè videntur pro turba, & concursu hominum quolibet, etiam pacis tempore coadunatorum; & pro periculo quod inde impendere videtur: v. g. cum Vlp. in l. 1. §. 1. *ff. de positi*, dicit tumultus causa depositum, & Imperator in §. *rei persequende. v. plane. l. de act.* Idem autem ferè valet *tumultus* & *seditio*: quæ duo etiam coniungit Imp. Marianus, in l. 5. *denunciamus. C. de his qui ad Eccl. confuger.* & Leo in l. ult. *C. de seditios*: quomodo etiam *turba* & *seditio*, alibi coniunguntur, ut l. 2. *in pr. & l. 5. qui cætu in pr. ff. ad L. Iuliam de vi publ.* Porro tumultibus & seditionibus valdè sunt cognatæ *dissensiones civiles* quas nominat Vlp. in l. 21 *si quis ingenuam. §. 1. de Capr. & postl. rev.* Hic quoq; notanda est exceptio: videlicet damna per tumultum vel seditionem vel civiles dissensiones data, præstanda esse ab eo cuius culpa facta est seditio. Exemplum est in l. *pen. in pr. ff. sol. mat.* ubi attingitur historia tumultus Gracchani, cuius etiam sæpè meminit Cicero. Ratio exceptionis est; quia quoties culpa alicuius intervenit, quæ præcessit casum fortuitum, hunc ab eo præstari oportet cuius culpa intervenit, ut supra dictum in secunda exceptione. Quæ de Bello, an damnum quod per id illatum est, sit casus fortuitus? Quod omnino dicendum est: nam *hostium incursus*, non n. i. r. d. quam latronum vel prædonum diserte inter casus fortuitos numeratur, §. *item u cui res. l. Quib. mod. re contr. obl. & l. 1. §. 4. & is quidem in f. ff. de O. & A. & l. 8. in reb. in pr. ff. Commod. aliisq; in locis*, hostes autem ij sunt, quibus cum est nobis bellum, l. 118. *hostes & l. 234. Quos nos hostes. in pr. ff. de V. S. & Cicero l. 1. officiorum*. Quæ cum ita sint non possum assentiri Ant. Delrio, qui restringit hoc ad bellum non indictum ab hostibus: quasi tum demum quæ data sunt damna casus sint fortuiti. Imò verò etiam legitimè indicto bello quæ ab hostibus inferuntur damna, sunt fortuitis casibus, annu-

annumeranda. Nam leges quoties nominant incursum hostium non distinguunt inter bellum indictum, sive denunciatum, & non indictum, nec nostrum igitur erit distinctionem aliquam comminisci.

Quintò, ponit Vlp. in casibus fortuitis, qui non præstentur, etiam incendia: i. e. si domus aut insula, aut villa, aut horreum, aut stabulum, aliavè ædificia, urbana vel rustica, item si segetes, si arbuta, si sylvæ, in summa si res immobiles, vel mobiles, vel se moventes, vi ignis conflagrent, atq; absumantur, vel in totum vel aliqua ex parte. Sic incendium aliis quoq; in legibus dicitur casus fortuitus, ut l. 1. §. 4. & ille quidem ff. de O. & A. §. Cum autem Inst. de empt. & vend. & §. item si cui res. l. Quib. mod. re. & c. & l. 30. in ratione. in pr. ff. ad L. Falc. l. 5. §. 4. qui senectute. & l. 18. in rebus. in pr. ff. comm. l. 22. si hereditaria. ff. de Neg. gest. l. 9. si quis aliorum. §. 3. si colonus. & l. 15. §. 3. cum quidam ff. Locati, & alibi. Sed obstare videtur quod incendia plerumq; sunt culpa in habitantium: teste Paulo in l. 3. §. 1. ff. de offic. præf. vig. Imò & Alphenus scribit; incendium sine culpa fieri non posse, l. 11. si vendita. ff. de peric. & commod. rei vend. & idem Alphenus, in l. 30. Qui insulam. §. fin. ff. locati, negat casum esse fortuitum, aut extraneum ut loquitur, quando servus Coloni villam incendit. Malè igitur annumerantur incendia casibus fortuitis: cum potius essent culpæ adscribendæ. Resp. Ant. Contius, incendium non posse quidem fieri absq; alicuius culpa: veruntamen cum alterius quàm nostra culpa sit, tunc id damnum sive incommodum, quod a nos attinet, casum esse fortuitum. Eòdem ferè recidit etiam responsio Ant. Delrio, distinguentis, inter incendium ex culpa in habitantium excitatum, & inter extraneum: v. g. quod è vicini ædibus, vel à fulmine, domino videlicet de cælo tacta, ortum est. Ego simpliciter dicendum puto; aliquando incendium pro casu fortuito esse habendum, aliquando non esse. Casus fortuitus est, incendium & proinde non præstandum, quando nulla nostrâ culpâ, nulla quoq; eorum hominum, quorum opera utimur, excitatum est: sed vel ab occultâ quapiam causâ, vel à fulmine, vel ab incendiariis, vel à prædonibus, vel ab hostibus injectus est ignis. Contra non est casus fortuitus; quando intervenit culpa aliqua, vel nostra, vel nostrorum hominum negligentius ignem habentium sive custodientium, qui innoxius, sive innocēs haberi debuerat, ut Icti loquuntur. Exempla sunt in l. 30. qui insulam. §. fin. ff. locati. & l. 27. si servus servum. §. 9. si fornacarius. l. qui occidit. 30. §. 3. in hac quoq; ff. ad L. Aquil. Ex tali igitur causa exortum incendium meritò præstatur; argumento eorum, quæ suprâ dixi ad secundam exceptionem, de culpa interveniente, & casum præcedente. Probatur hæc distinctio & solutio ipsis verbis. d. l. 3 §. de offic. præf. vig. Neq; enim ait Paulus, semper incendia fieri culpa in habitantium, sed plerumq;. Hæc autem est propositio non universalis, sed particularis. Similiter quoq; Alphenus in d. l. 30. ff. Loc. satis indicat, incendium aliquando esse casum fortuitum, sive extraneum, aliquando non fortuitum. Ex quo intelligimus etiam in d. l. 11. ff. de peric. & Comm. rei vend. subaudiendam esse particulam plerumq;: ne alioquin si hanc indefinitam propositionem: incendium non potest fieri sine culpa acceperimus pro universali, i. e. nunquam incendium sine culpa fieri potest, sive omne incendium fit ex culpa: non modò sibi ipsi & rei veritati repugnabit Alphenus, sed etiam Paulo & aliis Ictis, quorum leges supra adduxi. Vitanda est autem omnibus modis ea legum interpretatio quæ fal-

Hh 3

sum

um & absurdum habet intellectum: ut docet Nicolaus Eberhard. *in loco ab absurdo.*

Non improbo hinc exceptionem, quam addit Delrio *c. 26. in pragmatica* quam vocat *interpretatione*, nempe teneri aliquem etiam de præstando damno per incendium extrarium dato, si culpa ipsius aliqua intervenit: puta, quia incendio in vicinia orto, non interciderit sive diruerit medias ædes, quas jam corripuerat flamma: Ided, inquam, interciderit ac demolitus sit, sive dissipaverit ædes vicini, ne ignis ad se perveniret, *arg. l. 49. si quis fumo. §. I. ff. ad L. Aquil. l. 7. §. 4. Est & alia exceptio. ff. Quod vi aut clam. §. l. 3. §. 7. quod ait Prator. ff. de incend. ruin. naufrag.*

Tamet si illis legibus non imperetur ista intercisio sive demolitio ac dissipatio ædium intermediarum, ita ut eam omittenti culpa imputari possit; sed tantum permittatur; ut, inquam, sine motu actionis legis Aquilæ, vel interdicti, vel alterius actionis, facere quis possit, si velit. Multum autem interest inter legis imperium & permissionem; ut explicatur *ad l. 7. legis virtus. ff. de Legib. v. g.* possum ego furem nocturnum occidere impunè, sicut & diurnum si telo se defendat: non tamen cogor eum occidere. Sic potest pater adulterum in filia deprehensum occidere, ut & ipsam filiam: non tamen cogitur, ita ut culpa ipsi imputetur si pepercerit. Sicigitur potest quis ædes vicini intercideri & dissipare, ne ignis ad se perveniat, neq; eo nomine conveniri potest ad damnum vicino datum sarcendum, per leges supra dictas: non tamen id facere cogitur. Quocirca non immeritò quis de hac exceptione dubitaverit. Ac tantum de incendio. De incendiariorum item pœnâ videri potest constitutio criminalis Caroli V. *artic. 115.* & Iodocus Damhouderius *in praxi rerum criminalum, cap. de incendio*: item Paulus *lib. 5. sent. tit. 20. per tot. & l. 26. n. 3. & in libello, Lex Dei, t. 12. & Callistratus in l. 28. Capitalium. §. 12. incendiarii. ff. de pœnis. & in d. l. 3. ff. de officio præfecti vigilum.* Postremò & hoc obiter notandum: mirè dicta esse *fortuita incendia* in *d. l. 28. ff. de pœnis.* illa quoque quæ caveri potuerunt: qualia constat non posse dici casus fortuitos. Nam si casus essent fortuiti, neque præcaveri possent, neque præstarentur: ibi verò dicuntur præcaveri posse, & damnum, videlicet per ea vicino datum, refarciendum.

Sextò addit Vlp. casibus fortuitis *Aquarum magnitudines*: intelligens *inundationes*, ut alibi dicuntur, *v. g. in l. 10. si in venditione. §. 1. ff. de periculo & commodo rei tractatæ, & in l. 1. §. si quis propter inundationem. ff. de itinere actûq; privato*, alibi & *vis fluminis* appellatur, ut in *l. 24. fluminum. §. virium. vers. & Laeo. ff. de damno infecto, & l. 2. §. 7. vis fluminis. ff. si quis cautionibus. & §. cum autem. Inst. de empt. & vend.* Pomponius etiam vocat *impetum & inundationem fluminis*, in *l. 30.* Ergo *§. 3. alluvio. ff. de acquir. rer. dom.* Variis autem modis contingere potest ut damnum detur per vim aquarum, tam marinarum, quam fluviatricum, quam torrentium, quam earum, quæ sunt in stagnis & lacubus, quam quarumlibet aliarum: dum sc. vel terra flumini aut mari vicina aquis absorbetur & obruitur: vel pars aliqua fundi abripitur, aut submergitur: aut dum ædificia, casæ, villæ totæ evertuntur & dissipantur, vel deteriorantur: vel dum animalia suffocantur: vel fœnum in pratis, vel segetes & frumenta in agris avehantur, corrumpuntur vè, in vecto limo, aut arenâ, aut sabulo: vel deniq; diruuntur pontes, vel navigatio atque itinera impediuntur; quod ferè sub finem hyemis

nyemis copiosè & subito liquefactis nivibus, vel etiam ipsa æstate cataclysmo ruptis nubibus multi mortales maximo suo malo fieri experiuntur: & hic ipse annus superioribus mensibus passim locorum tristitia eius rei documenta dedit. Si quid igitur huiusmodi acciderit, sciendum est ex regula nostra, non esse id præstandum ullo iudicio b. f. quia sc. casus est fortuitus: quia est ratio quæ vim habet divinam, ut ait Vlpianus in d. l. 24. fluminum. ff. de damno infecto, sive est vis major, & d. 3. si, ut vocat idem Vlpianus in l. si merces. §. vis major. ff. locati. Sed valebit hic quoque exceptio illa, nisi culpa intervenierit sive præcesserit: quod accidit, si, cum inundationi aquarum tempestivè occurri potuisset, eaque vis averti, oppositis aggeribus sive molibus, & munita ripâ, vel littore; id facere quis neglexerit: Item, si quis moras necere & diverticula in itinere querere, quàm recta progredi maluerit; atque ita deinde sua culpâ & morâ inciderit in itineris impedimenta propter aquarum inundationes sive eluviones. Videatur hic Ant. Delrio in fine c. 27. per l. 1. C. de alluvionibus. & l. unic. ff. de ripâ munienda, cum similibus.

Septimò, apud Vlpianum in casuum fortuitorum speciebus sequitur *Impetus prædonum*. Nominatur alibi *vis prædonum*, ut in l. 30. in ratione. ff. ad l. Falcid. Monui autè aliàs de duplici significatione vocabuli *prædonum*, quam in iure nostro habet. Nam primo in genere denotat quemlibet mala fidei possessionem, quicumque sc. non iusto titulo neq; bona fide rem detinet alienam, interrogatusq; cur possideat, nihil habeat respondere, quàm quia possideo; quæ est apud philosophos petitio principii. Secundò, in specie significat *prædo* violentum direptorem, sive qui prædas agit, & homines per vim despoliat: cum quo idem est *latro*: tamen si hoc nomen olim honestum fuisse, idemq; valuisse cum milite, sicut & *latrocinari* usurpatum, pro militiam sectati, ex Plauto & aliis bonis auctoribus, didicimus. Hæc igitur significatione in iure nostro conjunguntur latrones & prædones sive latrunculi: (quorum persecutores appellantur *latrunculares*) & ambo hi opponuntur hostibus. l. 24. hostes. ff. de captivis & postliminio revers. & l. 118. ff. de v. s. Alibi & *grassatores* dicuntur, ut in l. 18. §. 10. grassatores. ff. de penis. Opponuntur latrones & prædones hostibus, quoad modum constituendi: qui in hostibus est legitimus; in cæteris non item. Interim tamen quoad damna ab his omnibus nihil interest inter eos, omnesq; quasi in eodem gradu conjunguntur, in l. 30. ff. de l. Falc. *Pirata* autem, qui nominantur in l. 3. §. 1. revers. inde Labec. ff. nauta caup. sunt latrones maritimi, qui mare infestū latrocinii habet, sicut latrones terrestria itinera obsident. Alibi autè dicitur *impetus prædonum*, tunc *incursum* tunc *aggressuram*, tunc *effracturam latronum*. l. 1. C. depositi. l. 5. C. de pign. acti. & l. 12. damnum. C. de locato. l. 50. si res pupillaris. ff. de admin. tut. §. item in iure. Inst. lib. 4. mod. re corr. Sic si quis à latronibus despoliatus sit, hoc dicitur calibus imputari oportere in l. 26. in ter causas, §. non omni. 6. ff. mandati. Sic si conductori capræ conductæ abactæ sint per latrones (qui proprio nomine dicuntur *abigei*: item *abigeatores*. l. 1. ff. de ab. geis. & apud Paulum lib. 5. sent. tit. 18.) hunc casum conductor iudicio locati præstare non cogitur. l. 9. si quis domum. §. Imperator Antonius. ff. locati. Damna igitur per incursum sive impetum & aggressuram, & effracturam, prædonum, latronum, grassatorum, piratarum, vel etiam hostium data, (nihil enim interest, à quo ex his damna dentur) non sunt præstanda:

standa: ex generali regula suprà. exposita. Exceptiones autem híc repeti possunt ex superioribus, & huic etiam speciei adaptari, *argum. §. item is cui. vers. sed propter maiorem vim. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Porò quamvis pœnâ afficiendi sint ipsi latrones, & grassatores & abigei: de eo híc pròpriè dicendi locus non est: videri autem potest l. 28. *capitalium. §. 10. grassatores. & §. 15. fumosos latrones. ff. de pœnis.* & criminalis constitutio Caroli V. item praxis rerum criminalium Iodoci Damhouderii.

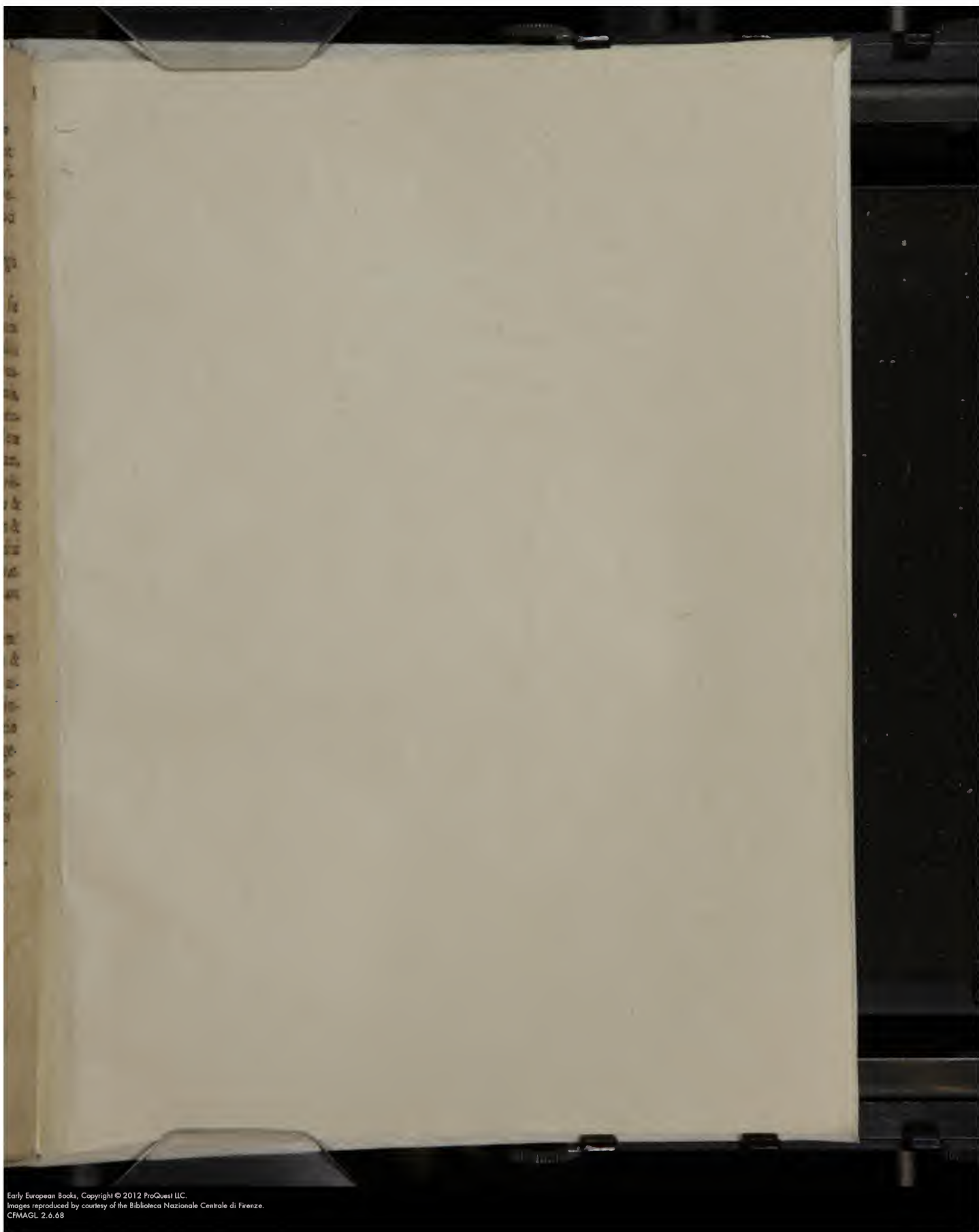
Hæc hæctenus de speciebus casuum fortuitorum, quæ in textu nostræ legis adferuntur.

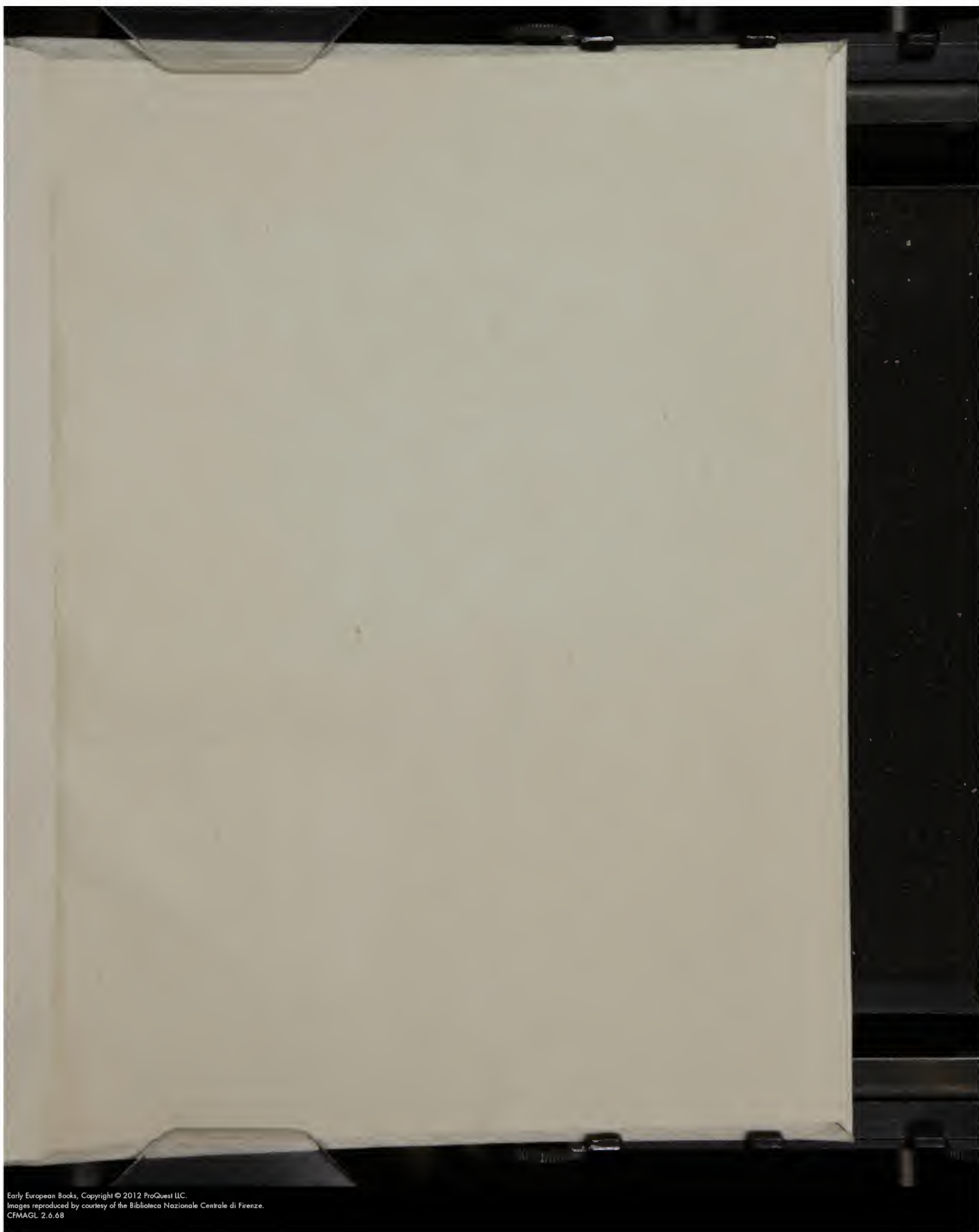
Vt autem aliàs exempla non solent restringere, sed illustrare regulam: sic idem de his quoque sentiendum est. Neque enim existinare debemus, Vlpianum hic voluisse omnia exempla casuum fortuitorum recensere: cùm constet ex aliis legibus & quotidianâ experientiâ, multò esse plura: v.g. est *Ruina* (qualis ante paucos annos satis miserabilis, & horrenda exitit in Austria in nuptiis celeberrimis, quem casum descripsit vir doctus Georgius Calaminus p. m. amicus noster honorandus) sunt *Naufragia*, sunt *Tempestates*, & *Terræ motus*: & *vis ventorum*, qualem terra marique vehementissimam, planèque ut cum Varrone loquat phreneticam, experti sumus non sine maximis damnis anno M. D. CXII. exeunte: sunt *Turbines*, sunt *Chasmita*, sunt *Labes & hiatus terræ*; est *Grando & Calamitas*, & *uredo & rubigo*, & *carbunculus*: sunt *locustæ*, *locustarum agmina*, aliorumque insectorum & volatilium frugibus noxia: Item, *acor & mucor in vino*, &c. de quibus suprà dixi copiosius in *Evidentialibus hujus legis*: & videri potest Hotomannus lib. 4. *observat. cap. 7.* & Donellus lib. 19. *cap. 6. Commentar.* & Antonius Delrio *cap. 30. ad hanc legem.*

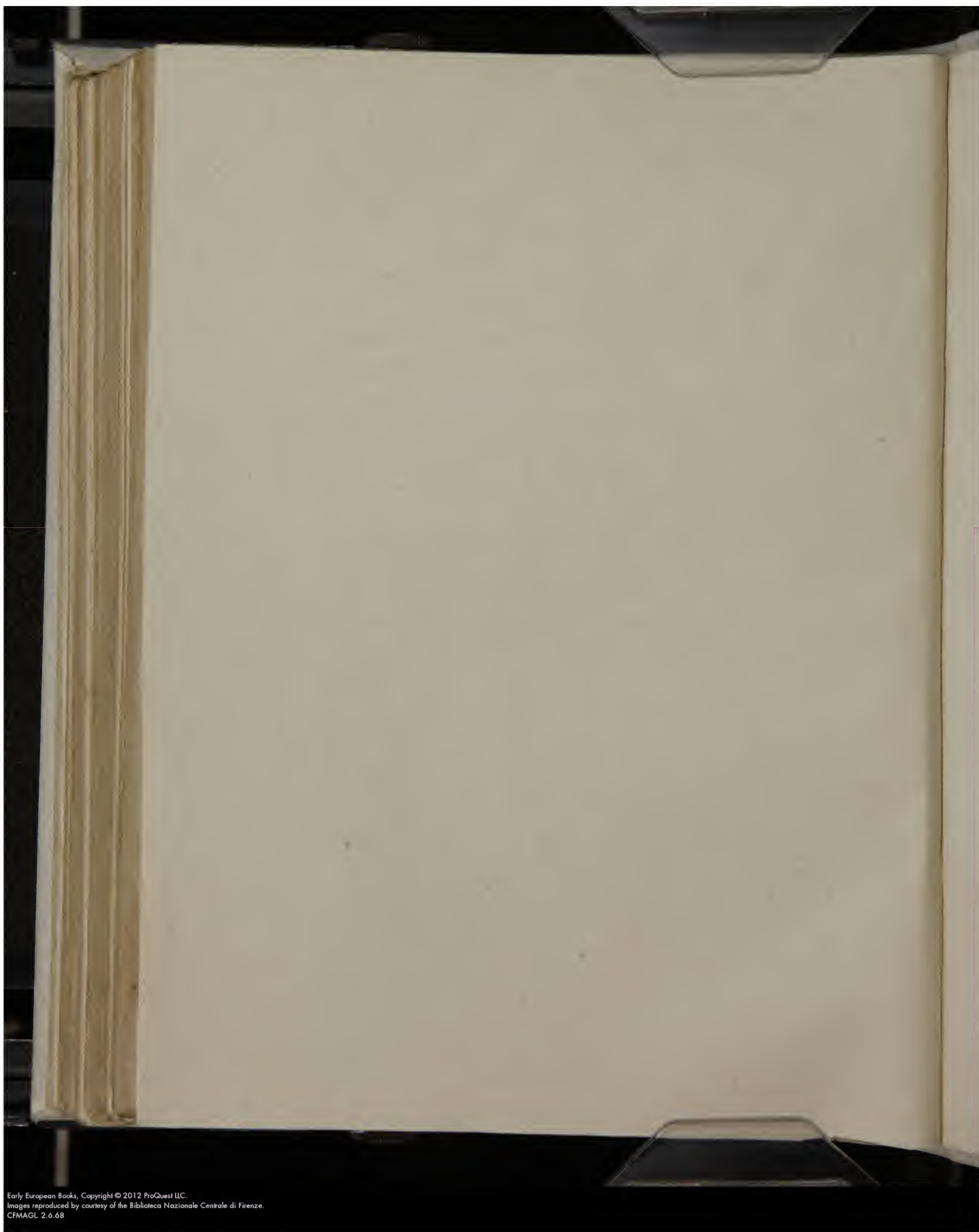
Atqui hic finis esto commentationis nostræ ad hanc celeberrimam legem: quam non immeritò appellare liceat clavem totius tractatus de contractibus & commerciis: ut ita non tam unam legem ex corpore juris nostri, quàm totum argumentum de contractibus & quasi contractibus hucusq; exposuisse videamur: indicatis etiam ubique mediocri diligentia actionibus, quæ ex unoquoque negotio vel singulæ competant, vel etiam plures concurrant: Cumque ut ait Plinius, ingenui sit animi, per quos profeceris, fateri: non dissimulavi unoquoque loco, quorum prædiis in hoc opusculo conficiendo potissimùm adjuti sumus. Nonnunquam etiam ab aliorum, quantumvis magnorum clarorumque virorum, placitis liberè, nec opinor absq; idonea ratione sed absq; contumelia & obtreptione cuiusquam discessi. De quibus omnibus aliorum æqua & candida judicia æquo animo feram: dummodò hæc mihi laus relinquatur illibata atque integra, studiosæ legum juventuti commoda hîc me pro virili adjutum ire voluisse.

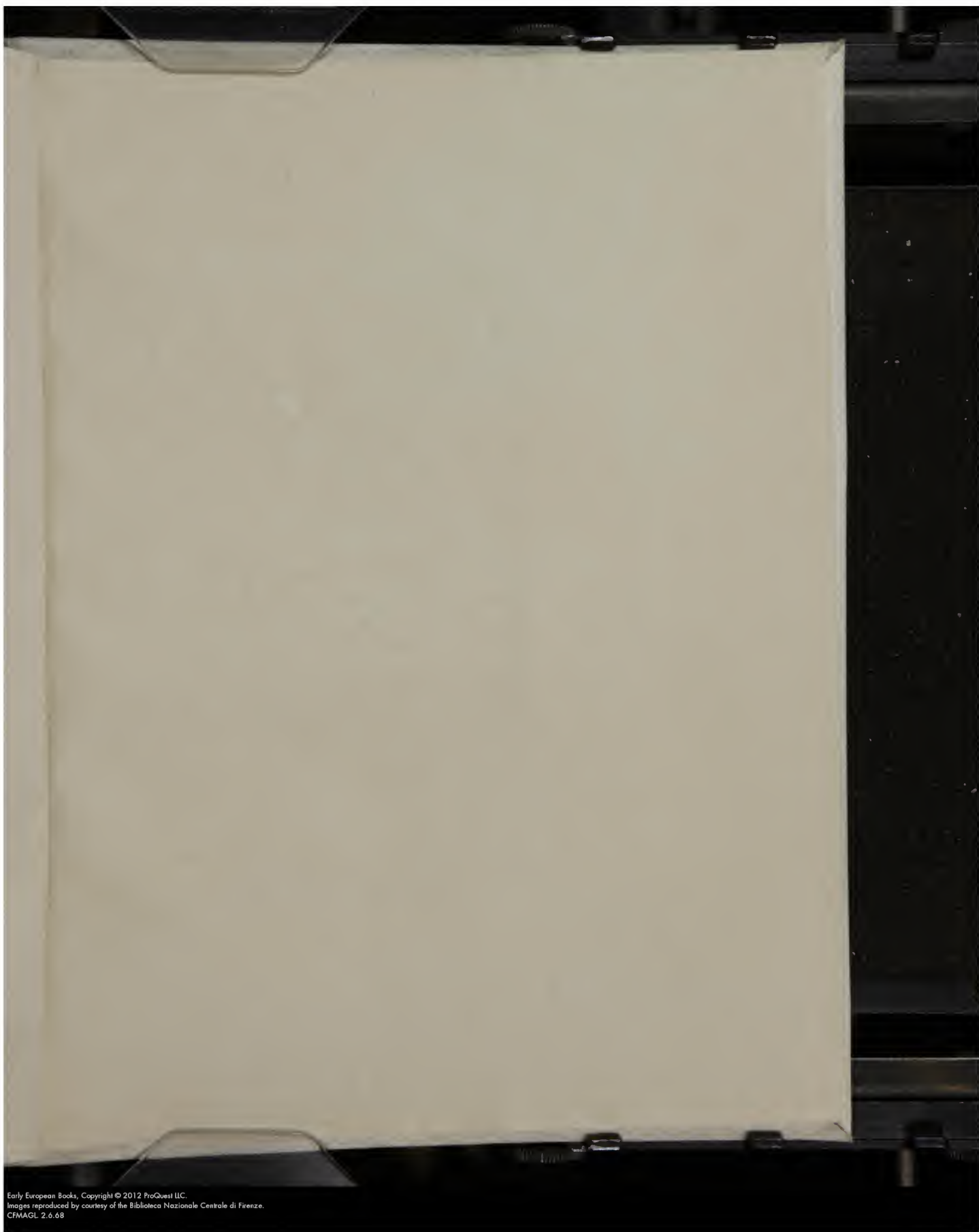
F I N I S

2-6-68









005265076

